Die Umbildung zwangsvollstreckungsrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht und ihre Grenzen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Phillipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Erhardt Weber

Gerichtsreferendar aus Stendal
zurzeit in Jena

1937

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fak
tät der Philipps-Universität Marburg.

Marburg, den 10. September 1937.

Schwinge,
Dekan.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht	5
§ 2.	Kann innerhalb des Gemeinschaftsrechts öffentliches und privates Recht unterschieden werden?	8
§ 3.	Der Wandel der Auffassungen in bezug auf die Frage nach dem Träger der Vollstreckungsgewalt	13
§ 4.	Die Umbildung des Pfändungsbegriffs	19
§ 5.	Der Auffassungswandel in bezug auf die Rechtsnatur der Pfandverwertung, insbeondere in bezug auf das Wesen der öffentlichen Versteigerung	28
	I. Die Versteigerung	29
	II. Der freihändige Verkauf	40
	III. Die gerichtliche Überweisung einer beweglichen Sache an den Gläubiger	41
	IV. Die Überweisung einer Forderung zur Einziehung an Zahlungs Statt	43
§ 6.	Die Umbildung des Begriffs der Auszahlung des Erlöses	45
	I. Die Auszahlung des Erlöses	45
	II. Die Ablieferung des gepfändeten Geldes	51
§ 7.	Der Wandel der Auffassungen in bezug auf das Wesen des Gerichtsvollzieherinstituts	52
§ 8.	Die Umbildung des Begriffs der Grundstückszwangsversteigerung	65
§ 9.	Der Auffassungswandel in bezug auf die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) und der Widerspruchsklage (§ 771)	73
	I. Die Vollstreckungsgegenklage	73
	II. Die Widerspruchsklage	80
§ 10.	Der Auffassungswandel in Hinblick auf den Konkursverwalter	87
§ 11.	Schlußbetrachtungen	98

§ 1.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Das alte germanische Recht ist ein einheitliches Recht und kennt die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht. „Der Gedanke der Eigenartigkeit alles Rechts", der seinen schärfsten Ausdruck in den landesherrlichen Hoheitsrechten findet — insofern, als Hoheitsrechte nur einzelne der Person des Herrschers auf Grund verschiedener Titel zustehende Rechte darstellen — beherrscht über das Mittelalter hinaus noch fast zwei Jahrhunderte die Rechtsentwicklung Europas.[1]) Die Schwäche der Hoheitsrechte wird erkennbar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die „wohlerworbenen Rechte" der Untertanen für die Hoheitsrechte Rechtsschranken bedeuten, und weiterhin der Zweck der Hoheitsrechte in erster Linie der ist, nur dem allgemeinen Wohl zu dienen. Der Landesherr erscheint somit als Hüter des Rechts seiner Untertanen.[2]) Erst durch den Polizeistaat der Aufklärungszeit wird an die Stelle eines Bündels von Hoheitsrechten die allgemeine, hoheitlich wirkende Staatsgewalt, die absolute Fürstengewalt[3]), gesetzt. Auch gelangt man allmählich zu einer Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht, und zwar insofern, als sich in den von der Justiz getrennten Polizeisachen die ersten Ansätze zur Ausbildung eines der Verwaltung eigentümlichen Rechts zeigen.[4])

Doch kann noch nicht von einem dem Zivilrecht gleichwertig gegenüberstehenden Verwaltungsrecht gesprochen werden, da die Normen, nach denen die Beamten die Verwaltung zu führen haben, Dienstanweisungen, aber keine Rechtssätze sind; sie haben der Obrigkeit gegenüber keine bindende Kraft.[5])

Die Französische Revolution und die mit ihr verbundene allmähliche Umwandlung des Polizeistaates in den sog. Verfassungs- und Rechtsstaat bringt allmählich eine Unterwerfung des verwaltenden Staates unter das Gesetz und damit eine Umbildung der bis dahin einseitig bindenden Verwaltungsnormen in zweiseitig bindende Rechtssätze, d. h. sie binden von nun an den Verwaltungsbeamten auch dem Untertan und nicht nur seinem Vorgeetzten gegenüber.[6]) So ist die Voraussetzung für die allmähliche Entstehung eines den Justiznormen gegenüber ebenbürtigen Verwaltungsrechts geschaffen.

Um Mißverständnisse zu verhüten, bedarf es zu Vorstehendem noch einiger Erläuterungen. Wenn oben von einer allmählichen Unterwerfung des verwaltenden Staates unter das Gesetz gesprochen wird, so soll damit nicht umgekehrt gesagt sein, daß im Polizeistaat des Absolutismus der Untertan auf Gedeih und Verderb der verwaltenden Behörde ausgeliefert und somit auf das Gerechtigkeitsgefühl des einzelnen Beamten angewiesen gewesen sei. Mindestens war dies in Preußen z. Zt. Friedrich Wilhelms I. nicht mehr der Fall. Die Behörden waren an fürstliche Dekrete und Instruktionen gebunden. Der König selbst sorgte für genaueste Durchführung seiner Befehle.[7])

Dazu kommt, daß die preußische Entwicklung auf der lutherischen Staatsauffassung von der sittlichen Bindung des Herrschers beruht. Danach soll der

1) E. Kaufmann, VRW. Bd. 3, S. 688—690; vgl. auch Groß-Fengels, S. 16.
2) Mayer, Bd. 1, S. 33.
3) Fleiner, Institutionen, S. 31.
4) Mayer, Bd. 1, S. 44; Fleiner, Inst. S. 31.
5) Mayer, Bd. 1, S. 44, 46.
6) Mayer, Bd. 1, S. 56 ff; Fleiner, Inst. S. 37.
7) „Alle Sudeleien müssen gänzlich ausgerottet und abgeschafft werden"; vgl. dazu Groß-Fengels, der Streit um den Rechtsstaat, S. 16 ff mit weiterer Literatur und Quellenangaben.

Fürst als Obrigkeit regieren, aber er darf nicht rauben. Insbesondere wird bei Friedrich dem Großen die „Bindung an das Recht zu einer Verpflichtung ... für den Herrscher selbst".[8]) Man kann deshalb auch den absoluten Staat, der sich als Vollstrecker höherer Gerechtigkeitswerte fühlte, als einen „unausgebildeten Rechtsstaat" bezeichnen.[9])

Wenn darum auch im absoluten Staat eine „Voraussehbarkeit" der Verwaltung nicht in Abrede gestellt werden kann, so kam es dennoch nicht zur Ausbildung eines Verwaltungsrechts. Die Dekrete und Instruktionen des Fürsten waren Dienstanweisungen, die den Beamten seiner vorgesetzten Behörde gegenüber banden, aber keine Gesetze. Das Verhältnis von Staat und Untertan war — jedenfalls bei Beibehaltung der bisherigen Terminologie — nicht durch eine Rechtsordnung geregelt.[10])

Im einzelnen ist zu der Ausbildung eines dem Zivilrecht ebenbürtig gegenüberstehenden Verwaltungsrechts noch folgendes zu sagen.

Der Polizeistaat hatte die Kontrolle des Reichsgerichts über die Verwaltungstätigkeit des Fürsten beseitigt.[11]) Obwohl auch in Deuschland mit der Umbildung des Polizeistaates in den sog. Verfassungs- und Rechtsstaat die Auffassung, daß die Verwaltungsnormen zweiseitig bindende Kraft besitzen, zum Siege gelangt war, wurde in keinem deutschen Staat eine grundlegende Reorganiation der Verwaltung und die Schaffung einer Verwaltungsrechtsprechung damit verbunden.[12])

Die durch die Abschaffung der reichsgerichtlichen Kontrolle entstandene Lücke wurde durch die Fiskustheorie ausgefüllt, welche von dem Landesfürsten, bzw. dem Staat den Fiskus als ein besonderes Rechtssubjekt, welches Träger der dem Staatszwecke gewidmeten Vermögensrechte war, unterschied. Der Fiskus unterstand dem Privatrecht. Der herrschende Grundsatz der Fiskustheorie war, daß alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten zivilrechtliche seien. Damit war für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Rechtsweg geöffnet und mit Hilfe des Gedankens, daß dem Untertan bei Verletzung seiner wohlerworbenen Rechte durch obrigkeitliche Verfügung eine Schadensersatzsumme zuzusprechen sei, wurden sogar auch hoheitliche Akte der Staatsgewalt vor das zivilrechtliche Forum gebracht.[13])

Und doch hat dieser Vorgang zu einer Entwicklung des öffentlichen Rechts, das im Polizeistaat nicht ausgebildet war und auch nicht ausgebildet werden konnte, geführt.[14])

Zwar vermag die allmählich eintretende Umwandlung der Fiskustheorie dahin, daß der Fiskus keine vom Staat verschiedene Persönlichkeit, sondern nur die vermögensrechtliche Seite desselben Staates darstelle, die Zuständigkeit der Zivilgerichte in den genannten Streitsachen nicht zu erschüttern. Es gelangt nach und nach die Lehre zur Herrschaft, daß der verwaltende Staat nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht lebe. Für welche Gebiete der Staatsverwal-

8) Herrfahrdt, Arch. f. Rechts- u. Soz. Ph. XXX. S. 108, Anm. 5.

9) Vgl. dazu Groß-Fengels, a. a. O. S. 18, Anm. 81 mit weiterem Schrifttum; vgl. weiterhin auch v. Schwerin in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 22 und Maunz, ebenda S. 51 ff. der die Frage behandelt, ob im absoluten Staat von einer Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gesprochen werden kann.

10) Vgl. Anm. 9.

11) Fleiner, Inst. S. 32 ff.

12) Über die andersartige Entwicklung in Frankreich vgl. Fleiner, Inst. S. 36, und ders., Umbildung, S. 4—5.

13) Vgl. über die Fiskustheorie auch Huber, Verfassung, S. 250.

14) Es ist deshalb richtig, wenn Jerusalem in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 286, feststellt, daß das moderne Verwaltungsrecht in Deutschland zunächst in privatrechtlichen Formen entstanden sei.

tung öffentlich-rechtliche und für welche privatrechtliche Normen anzuwenden seien, lasse sich nur bei jedem einzelnen Rechtsverhältnis unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und des geltenden Rechts feststellen.[14a])

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts setzt jedoch die Entwicklung der Befreiung des obrigkeitlich verwaltenden Staates aus den Bindungen des Zivilrechts ein.[15]) Die Voraussetzung für diesen Vorgang hat die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft geschaffen, die aus einer Mischlehre, in der sich Politik, Geschichte und Nationalökonomie beisammen fanden, zu einer juristischen Disziplin herangewachsen war.[16]) Weiterhin bedeutet die Errichtung der Verwaltungsgerichtshöfe in den größeren deutschen Staaten (seit 1863) den entscheidenden Wendepunkt für diese Entwicklung.[17]) Seinen Ausgangspunkt nimmt dieser Prozeß von der Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse, die davon ausgeht, daß in bestimmten Rechtsinstituten, die man früher rein privatrechtlich aufgefaßt hatte, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen seien.[18]) So geht die Entwicklung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen dahin, daß der das Rechtsverhälnits begründende Akt als ein solcher des öffentlichen Rechts angesehen wird, während die vermögensrechtliche Seite im Anschluß an die Fiskustheorie dem Privatrecht weiterhin unterstellt bleibt. Als solch gemischte Rechtsverhältnisse stellen sich u. a. das Beamtenverhältnis, die Enteignung und die Konzession dar.[19]) Allmählich geht man auch dazu über, den vermögensrechtlichen Anspruch dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Die Spaltung eines Instituts in eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite wird dadurch beseitigt.

Mit der Schaffung direkter Rechtsschutzgarantien innerhalb der Verwaltung hat auch „deren Surrogat, die zivilrechtliche Klage wegen Verletzung wohlerworbener Rechte", für den Bereich *widerrechtlicher* Eingriffe der Verwaltung in das Vermögen des Privaten ihre Bedeutung verloren. Ihre Anwendbarkeit ist grundsätzlich auf den Kreis jener Fälle eingeschränkt worden, in denen das Vermögen Privater eine Beschädigung erleidet durch einen Akt *rechtmäßiger* Handhabung der öffentlichen Gewalt.[20])

Wir haben gesehen, wie sich im Laufe der Geschichte eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht herausgebildet und wie diese Entwicklung in dem schrittweisen Umbildungsprozeß privatrechtlicher zu publizistischen Instituten ihren Niederschlag gefunden hat.[21])

Die Aufgabe meiner Arbeit besteht darin, einen ähnlichen Entwicklungsgang, der sich auf dem besonderen Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts ungefähr seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts bis heute abgespielt hat, an Hand einzelner zwangsvollstreckungsrechtlicher Institute aufzuzeigen. Lediglich die bedeutendsten Institute, um deren richtige Erkenntnis man von jeher am meisten gerungen hat, sollen behandelt werden, und zwar die Pfändung (§ 4), die Verwertung (§ 5), die Auszahlung des Erlöses (§ 6), der Ge-

---

[14a]) Fleiner, Inst. S. 39.

[15]) Fleiner, ebenda.

[16]) Fleiner, Umbildung, S. 8.

[17]) Fleiner, Inst. S. 40, vgl. über die Schaffung der Verwaltungsgerichte in den einzelnen deutschen Staaten auch v. Schwerin in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 25.

[18]) Fleiner, Umbildung, S. 10.

[19]) Vgl. Fleiner, Umbildung, S. 10 ff.; Giacometti bes. für die Schweizer Verhältnisse, S. 11 ff., 22 ff., 33 ff., 38 ff.

[20]) Fleiner, Umbildung, S. 18 ff.; für restlose Beseitigung der Zuständigkeit der Zivilgerichte Huber, Verfassung, S. 250. Er sieht in dieser Zuständigkeit Restbestände der in der Wissenschaft längst überwundenen Fiskustheorie, die beseitigt werden müssen.

[21]) Auch Jerusalem in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 286, stellt fest, daß sich die privatrechtliche Sphäre des Verwaltungsrechts im Laufe des 19. Jahrhunderts immer mehr und mehr in öffentliches Recht verwandelt habe.

richtsvollzieher (§ 7), die Zwangsversteigerung von Grundstücken (§ 8), die Vollstreckungsgegenklage, die Widerspruchsklage (§ 9) u. schließl. der Konkursverwalter (§ 10). Da das gesamte Zwangsvollstreckungsrecht von der Frage nach dem Träger der Vollstreckungsgewalt beherrscht wird, wird außerdem anfangs auf die Wandlung der Auffassungen in bezug auf diese grundlegende Frage eingegangen werden (§ 3).

Es soll schon jetzt darauf hingewiesen werden, daß mit Rücksicht auf den Zweck der Arbeit — die große Entwicklungslinie dieses Vorgangs aufzuzeigen — darauf verzichtet werden muß, jeden kleinen Unterschied in den Meinungen zu erwähnen.

§ 2.

Kann innerhalb des Gemeinschaftsrechts öffentliches und privates Recht unterschieden werden?

In der Gegenwart befinden wir uns in einem Umbildungsprozeß gewaltigen Ausmaßes auf allen geistigen Gebieten, besonders aber auf dem Gebiete des Rechts hat die nationalsozialistische Revolution an den Fugen altüberkommener Gedakensysteme gerüttelt. Manches Alte, das sich als unbrauchbar erwiesen hat, ist bereits gefallen, zum Teil ist Neues an seine Stelle gesetzt worden, zum Teil fehlt aber auch für das als weltanschaulich richtig Erkannte noch die begrifflich juristische Form. Die alten Begriffe, die das auf der neuen weltanschaulichen Grundlage Entstandene nicht einzufangen vermögen, ohne daß sie es verfälschen oder verzerren, müssen fallen und neue an ihre Stelle gesetzt werden.[22])

Der Begriff der Volksgemeinschaft, der der grundlegende Rechtsbegriff geworden ist, muß zu einer Sprengung aller bisherigen Begriffssysteme führen. „Der Gefolgschafts- und Führergedanke ist der grundsätzliche Ausgangspunkt für die rechtliche Stellung der Gemeinschaftspersönlichkeit in der Gemeinschaft." [23]) Damit ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß das Verhältnis des einzelnen zum Staat von Grund auf überprüft werden muß.[24])

Bei einer grundsätzlichen Überprüfung dieses Verhältnisses muß man sich notwendig auch mit der Frage auseinandersetzen, ob innerhalb des Gemeinschaftsrechts die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht beibehalten werden kann.

Tatächlich wird diese Unterscheidung von manchen Schriftstellern heute grundsätzlich verworfen, allerdings ohne nähere Begründung.[25]) Andere wiederum haben sich dahingehend ausgesprochen, daß diese Unterscheidung grundsätzlich beibehalten, zumindest eine ähnliche gemacht werden müsse. Darüber hinaus legen diese Schriftsteller besonderen Wert auf die Feststellung, daß in Zukunft öffentliches und Privatrecht nicht als zwei entgegengeetzte Rechts-

[22]) Schnorr v. Carolsfeld, DJZ. 1935, 1475 ff.
[23]) Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. XII.
[24]) Vgl. dazu auch Höhn, Staatsbegriff, S. 227; ders., Staat als Rechtsbegriff, D. R. 1934, 322 ff., der sich insbesondere gegen den Begriff der juristischen Staatsperson wendet.
[25]) So Eckhardt, S. 23 ff., mit dem Hinweis auf das germanische Recht, das keine Teilung kannte. Dieser Grund schlägt nicht durch, spricht höchstens für eine mangelnde Unterscheidungsfähigkeit des alten Rechts. Weiterhin ist hier Bechert in Frank, Handbuch, S. 79 zu nennen, der die Unterscheidung ablehnt, weil sie der Sache nach keine Berechtigung finde. Allerdings ist seine Feststellung, daß die Unterscheidung in der wissenschaftlichen Kritik abgelehnt werde, in dieser allgemeinen Form nicht richtig.

systeme zu behandeln seien, da eine Trennung in der Form gegensätzlicher Aufspaltung mit dem neuen Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar sei.[26])

Insoweit, als diese Arbeit nur eine Entwicklungslinie zeigen will, hat sie grundsätzlich — wenn man es vom rein geschichtlichen Standpunkt aus betrachtet — ihre Berechtigung, selbst wenn dieser geschichtliche Vorgang durch heute abgelehnte falsche Voraussetzungen bedingt sein sollte. Durch die veränderte Stellungnahme zu der diese Arbeit beherrschenden grundsätzlichen Unterscheidung ist dagegen fraglich geworden, ob auch in Zukunft die Kenntnis davon, daß eine Rechtseinrichtung dem öffentlichen bzw. Privatrecht angehört, von Bedeutung sein wird. Von der Beantwortung dieser Fragen hängt es ab, ob dieser Arbeit neben der rein geschichtlichen auch eine praktische Bedeutung beigemessen werden kann. Das müßte verneint werden, wenn das Gemeinschaftsrecht ein einheitliches Recht ist, das keine Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht zuläßt.

Es ist darum hier ein näheres Eingehen auf die oben angedeutete neue Stellungnahme des jüngsten Schrifttums zu diesem Problem erforderlich.

Um die oben Anm. 26 genannen Schriftsteller richtig verstehen zu können, muß hier kurz auf die Methode ihrer Darstellung eingegangen werden. Sie entwerfen anfangs ein Bild der sog. liberalen Epoche bzw. kennzeichnen kurz die liberale Staatsauffassung des vergangenen Jahrhunderts. In Gegenüberstellung dazu entwickeln sie dann die Struktur des nationalsozialistischen Staates und seines Rechts.[27])

In bezug auf die liberale Staatsauffassung kommen die genannten Schriftsteller zusammenfassend zu folgenden Feststellungen: Das Streben der liberalen Anschauung ging dahin, mit Mitteln des Privatrechts für den einzelnen und damit für die Gesellschaft, die nur die s u m m a r i s c h e Zusammenfassung aller einzelnen darstellte, eine möglichst weite staatsfreie Sphäre zu schaffen. Dies suchte man durch Schaffung möglichst vieler unantastbarer persönlicher Rechte zu erreichen. Durch dieses Streben wurde der einzelne von vornherein in eine Gegnerstellung zum Staat gedrängt.[28]) Der Gegensatz einzelner—Staat wurde auf das private und öffentliche Recht übertragen. Besonders scharf wird dies von Lange[28]a) betont: „Der Liberalismus schied hier scharf das private Recht vom öffentlichen, stellte beide in einen unüberbrückbaren Gegensatz. Im

---

[26]) Vgl. Höhn, Rechts- und Volksgemeinschaft, S. 16 ff,, von Carolsfeld, DJZ. 1935, S. 1477 ff.; bes. Huber, Grundbegriffe, S. 150 ff., vgl. weiterhin ders., Verfassung, S. 238, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 243 ff.; auch Dannbeck in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 312 ff., dürfte hierher zu rechnen sein. Dieser betont anfangs, daß „eine im Wesen selbst begründete Gegensätzlichkeit von öffentlichem und privatem Recht für das neue Rechtsdenken unannehmbar" sei; läßt dann jedoch die Möglichkeit einer Unterscheidung nach nicht wesenhaften Unterschiedlichkeiten zu. Mit seiner dann gegebenen Unterscheidung in „echte Apparatsbehandlungen" und „unechte" dürfte u. E. allerdings nicht viel gewonnen sein.

[27]) Es wird nicht immer mit der wünschenswerten Deutlichkeit erkennbar, was diese Schriftsteller dem nationalsozialistischen Staat entgegensetzen wollen. Einerseits hat es den Anschein, als ob dies der Staat des 19. Jahrhunderts schlechthin sein soll, andererseits, als ob nur die liberale Staatsauffassung — so wie sie im Schrifttum, bes. im staats- und verwaltungsrechtlichen seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck kommt — damit gekennzeichnet wird. — Über die Bedenken, die gegen diese Methode möglicherweise erhoben werden können, nämlich dann, wenn der Staat des 19. Jahrhunderts verzerrt dargestellt wird, vgl. Herrfahrdt, Arch. f. Rechts- und Soz. Ph. XXX, S. 104 ff., und Groß-Fengels, S. 19 ff.

[28]) Vgl. dazu C. Schmidt, Z. Akad. D. R. 1935, S. 436 ff., und Scheuner in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 84, der diesen Gegensatz in nicht so scharfen Formen darstellt und dadurch der Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts näher kommen dürfte. „Nur mit einem Teil seines Wesens nimmt der einzelne am Gemeinleben nach dieser Anschauung teil. Im Kern seines Wesens bleibt er . . . für sich stehendes Individuum, das sich in seiner sittlichen Freiheit unabhängig vom fremden Willen entfaltet"; weiterhin Herrfahrdt, Arch. f. Rechts- und Soz. Ph. XXX, S. 107, der betont, daß es auch für das liberale Staatsdenken immer selbstverständlich war, „daß die Freiheit des einzelnen dem Gesamtwohl zu dienen hat".

[28]a) Frank, Hdb., S. 938.

Privatrecht herrschte der Eigennutz, im öffentlichen der Gemeinnutz, im Privatrecht die Macht, im öffentlichen Recht die Pflicht."

Erst jetzt wird es verständlich, weshalb die oben Anm. 26 genannten Schriftsteller besonderen Wert auf die Feststellung legen, daß die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht eine Aufspaltung des Gemeinschaftsrechts in zwei entgegengesetzte Rechtssysteme bedeute und dazu auch nicht führen dürfe. Eine solche Aufspaltung glauben sie in der liberalen Epoche erkennen zu können und wehren sich deshalb von vornherein gegen den evtl. Vorwurf, daß sie mit der Beibehaltung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht einen Gegensatz in das Gemeinschaftsrecht hineinbringen könnten, der mit seinem einheitlichen Charakter nicht vereinbar sei.[29])

Wieweit das von den genannten Schriftstellern entworfene Bild des Liberalismus zutreffend ist, braucht hier nicht näher geprüft zu werden. Richtig dürfte sein, daß sich in der liberalen Staatsrechts- und Verwaltungsrechtslehre Bestrebungen, den einzelnen in einen unüberbrückbaren Gegensatz zum Staat zu stellen, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bemerkbar gemacht haben. In der Zeit nach 1918 sind diese dann noch stärker hervorgetreten.[30]) Andererseits muß jedoch, um keine falschen Vorstellungen vom 19. Jahrhundert entstehen zu lassen, auf die staatliche Wirklichkeit, insbesondere auf den preußischen Staat des vergangenen Jahrhunderts hingewiesen werden. In die preußische Verwaltung des 19. Jahrhunderts hat der Liberalismus keinen größeren Eingang gefunden. Auch gerade im neuesten Schrifttum finden sich ähnliche Feststellungen. So betont z. B. Scheuner [31]): „Den Kern des Militär- und Beamtenstaates, den der deutsche Staat des 19. Jahrhunderts bildete, hat die liberale Strömung nie erobert." [32]) Ein näheres Eingehen auf diese Fragen ist in dem engen Rahmen dieser Einleitung nicht möglich.

Mag das von den genannten Schriftstellern entworfene Bild vom 19. Jahrhundert in einzelnen Zügen auch nicht zutreffen, richtig ist unzweifelhaft ihre Feststellung, daß im Gemeinschaftsrecht die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht keineswegs i. S. einer Aufspaltung uneres Rechts in zwei wesensfeindliche Systeme verstanden werden darf.

Der Nationalsozialismus hat an die Stelle der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft das zu einer Volksgemeinschaft zusammengefügte Volk gesetzt. Das Volk ist keine Zusammenfassung vieler einzelner, wie die Gesellschaft des Liberalismus, sondern als eine „naturhafte Gemeinschaft die ihr Wesen organisch erlebt, und als politische Einheit, die eine geschichtliche Aufgabe handelnd erfüllt", aufzufassen.[33]) Der Staat steht dem so verstandenen Volk gegenüber nicht in einer Gegnerstellung, auch ist er nicht Werkzeug in der Hand des Volkes, sondern die neu geschaffene Einheit des Volkes selbst, die in herrschaftlicher Ordnung unter dem Führer steht und durch diesen artgemäß politisch entscheidet und handelt. Die Ordnung, in der sich das Gemeinschaftsleben des Volkes vollzieht, ist das völkische Recht.

Bei einem so verstandenen Volks-, Staats- und Rechtsbegriff ist für einen Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht kein Raum. In der einheitlichen Ordnung der völkischen Gemeinschaft ist „die Gespaltenheit des Rechts

[29]) Vgl. dazu auch Maunz in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 29, 30, der ähnliche Gedanken in bezug auf die noch zu behandelnde Lehre Hubers zum Ausdruck bringt.

[30]) Nähere Ausführungen darüber s. b. Scheuner in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 82 ff.

[31]) Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 88, mit weiteren Ausführungen.

[32]) Vgl. auch Herrfahrdt, Arch. f. Rechts- u. Soz. Ph. XXX, S. 107 ff.; Groß-Fengels, S. 21 ff. und Lange in Frank, Hdb., S. 933 ff.

[33]) Huber, Grundfragen, S. 143.

in zwei voneinander grundverschiedene, einander wesensfeindliche Systeme überwunden".[34])

Dafür, daß eine solche Unterscheidung nie mehr zu einem wesensfeindlichen Gegensatz und möglicherweise zu einer Gegnerstellung zwischen Staat und Volk führen kann, sorgen die einheitliche politische Führung und die mannigfaltigen Gemeinschaftsformen, die sich durch die gemeinschaftsbildende Kraft des Nationalsozialismus bereits entwickelt haben und noch weiter ausgestalten werden.

Je stärker die einheiliche Ordnung unseres völkischen Lebens gesichert ist, um so weniger brauchen wir eine Einteilung des Rechts nach sachlichen und funktionellen Gesichtspunkten zu fürchten. So werden, soweit ich sehe, auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Einteilung des Gemeinschaftsrechts nach großen sachlich zusammenhängenden Lebensgebieten erhoben. Es werden die Sachgebiete Staat, Stände und Rechtsverkehr unterschieden[35]) oder es wird eine Einteilung des Gemeinschaftsrechts in das „Recht der politischen Ordnung (Staat, Bewegung, politischer Dienst)", der „Stände (einschl. Ordnung der Arbeit), Wirtschaftsverkehr und . . . Familie und Haus" vorgeschlgaen.[36])

Neben dieser Einteilung des Gemeinschaftsrechts nach Sachgebieten ist noch eine solche nach Funktionen zu unterscheiden. Eine funktionelle Unterscheidung bedeutet eine Einteilung nach verschiedenen Arten der Rechtsgestaltung innerhalb des Gemeinschaftsrechts und der einzelnen Rechtsgebiete.[37])

Auf Grund dieses funktionellen Einteilungsprinzips unterscheidet Huber zwischen „Hoheitsrecht" und „volksgenössischem Recht". Diese Unterscheidung ergebe sich aus den beiden Grundformen der Rechtsgestaltung, nämlich der der hoheitlichen Führung und der des volksgenössischen Zusammenlebens. Es gebe eben trotz der grundsätzlichen Gleichartigkeit des Gemeinschaftsrechts innerhalb aller Sachgebiete Rechtsverhältnisse und -formen, die mit hoheitlichen Mitteln und in hoheitlichen Formen gestaltet werden, und solche, die wesentlich durch das gemeinsame Zusammenwirken der Volksgenossen gekennzeichnet sind. Eine solche Unterscheidung entspreche auch dem Wesen des Gemeinschaftsrechts, das nicht durch Befehl und Zwang die Persönlichkeit und ihre Selbstverantwortung ausschließe, sondern sie fördern wolle. Die Führung sei eben nicht nackter Befehl und lasse darum Raum für eine volksgenössische Rechtsgestaltung.[38])

Das „volksgenössische Recht" unterscheide sich von dem Privatrecht alter Prägung insofern, als es nicht mehr das Recht des alleinstehenden Privaten, sondern das Recht des Volksgenossen sei, der in öffentlicher Verantwortung handelt, d. h. sein Handeln in seiner Grundhaltung nach der politischen Führung ausrichtet. Kennzeichnend für das hoheitliche Recht sei das unmittelbare Wirken der politischen Führung, und dadurch unterscheide sich dieses auch von dem alten öffentlichen Recht.[39])

Die Theorie Hubers weist — wie auch Scheuner[40]) hervorhebt — starke Ähnlichkeit mit der alten Einteilung auf. Auf Ähnlichkeiten in den praktischen Auswirkungen weist auch Huber mittelbar hin, als er sich mit der Gewaltheorie und der Interessentheorie, den beiden herrschenden Lehren über die

34) Huber, Grundfragen, S. 144, 151.
35) Huber, a. a. O., S. 157 ff.
36) Scheuner, DJZ. 1935, S. 1466.
37) Huber, Grundfragen, S. 152.
38) Huber, Grundfragen, S. 152—157.
39) Huber, a. a. O., S. 154, 156.
40) Scheuner, DJZ. 1935, S. 1463.

Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht [41]), auseinanderetzt. Er lehnt die von den beiden Theorien aufgestellten Unterscheidungsmerkmale für die Unterscheidung zwischen „Hoheitsrecht" und „volksgenössischem Recht" als unbrauchbar ab, da das Wesen des hoheitlichen Rechts weder mit dem Begriff der herrschaftlichen Zwangsgewalt, der der typische Ausdruck des alten obrigkeitlichen Denkens sei, noch mit dem Begriff des öffentlichen Interesses, der heute als Unterscheidungsmerkmal wegfalle, da alles Recht im öffentlichen Interesse, d. h. zum Wohl der Allgemeinheit gelte, sondern nur von dem Begriff der politischen Führung aus erkannt werden könne. Gleichzeitig gibt aber Huber zu, daß sich das hoheitliche Recht der obrigkeitlichen Gewalt bediene und vorwiegend im öffentlichen Interesse tätig werde.[42])

Das grundlegende Ergebnis obiger Erörterungen ist, daß auch für das Gemeinschaftsrecht eine funktionelle Einteilung beibehalten werden muß.[43]) Eine andere Einteilung stellt aber auch die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht dar. Daß diese Unterscheidung zu einer Spaltung des Rechts in zwei entgegengesetzte Rechtsgebiete führte — so mindestens z. T. in der wissenschaftlichen Theorie —, lag nicht notwendig in ihr begründet, sondern ist durch den politischen Kampf erst hineingetragen worden.

So wertvoll die Ausführungen Hubers auch sind, so dürfte damit doch noch nicht das letzte Wort zu diesem grundlegenden Problem gesagt sein.[44])

Die Lehre Hubers unterscheidet sich lediglich dadurch von der alten Auffassung, daß sie ein anderes Unterscheidungsmerkmal — den Begriff der politischen Führung — für die Abgrenzung beider Rechtsgebiete für maßgebend erklärt. Es muß Huber zugegeben werden, daß weder das Kriterium der Über- und Unterordnung noch das des öffentlichen Interesses zu einem restlos befriedigenden Ergebnis führt. Ob dies mit dem Begriff der politischen Führung in allen Fällen erreicht werden kann, kann hier nicht entschieden werden. Dies muß der Zukunft überlassen bleiben. Die Praxis dürfte hier ein entscheidendes Wort mitzusprechen haben.

U. E. dürfte auch für das Gemeinschaftsrecht das Moment der Über- und Unterordnung wie das des öffentlichen Interesses für die Frage, ob ein Rechtssatz dem öffentlichen Recht („Hoheitsrecht") oder dem privatem Recht („volksgenössischem Recht") zugerechnet werden muß, nicht ganz ohne Bedeutung sein.[45]) Auch Huber muß — wie bereits erwähnt — zugeben, daß sich das hoheitliche Recht der hoheitlichen Zwangsgewalt bedient und vorwiegend im öffentlichen Interesse tätig wird. Die Frage nach dem Unterscheidungsmerkmal beider Rechte dürfte auch gerade heute grundsätzlicher Erörterungen wert sein.[46])

Abschließend sei dazu noch folgendes gesagt: Unsere positive Rechtsordnung

---

[41]) Über diese beiden Theorien im einzelnen und über weitere Abgrenzungsversuche vgl. Schelcher, Justiz und Verwaltung, Ergänzungsheft zu Fischers Z. 50, S. 137 ff.

[42]) Grundfragen, S. 156—57; vgl. dazu auch Scheuner in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 85.

[43]) So auch Scheuner, DJZ. 1935, S. 1462 ff.

[44]) In diesem Sinne müssen auch die Ausführungen von Maunz in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 29/30, und Daunbeck, ebenda, S. 312/13, verstanden werden.

[45]) Vgl. auch Koellreutter, S. 81, der den „formal-rechtlichen Unterschied" beider Rechtsgebiete darin sieht, „daß bei der Regelung eines privaten Rechtsverhältnisses die Rechtsordnung die Beteiligten auf dieselbe Grundlage stellt", während ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts seine Prägung dadurch erhält, „daß mindestens einer der ... Beteiligten ... als Träger öffentlicher Gewalt auftritt".

[46]) Die Frage nach dem Moment, „nach dem sich der öffentlich-rechtliche bzw. privatrechtliche Charakter staatlicher Verwaltung bestimmt", wird auch von Jerusalem in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 286, aufgeworfen. Er betont, daß dieses Moment nicht ein „materielles, sondern nur „formelles" sein könne. Vgl. hierzu auch Maunz, Verwaltung, S. 208 ff.

geht aus von der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, bis in die „letzten Verästelungen des Rechts" ist diese Unterscheidung spürbar.[47]) Auch die nationalsozialistische Gesetzgebung kennt diese Unterscheidung.[48]) Diese Tatsache einfach leugnen zu wollen,[49]) dürfte nicht angebracht sein. Auch ist der Sache nicht gedient, wenn man — wie es zuweilen geschieht — diese Unterscheidung ohne weitere Begründung ablehnt. Das Problem ist für eine solche Behandlung zu wichtig, da es von grundsätzlicher Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung ist.

Die Wirkungen, die sich aus einer Ablehnung der Unterscheidung schlechthin ergeben können, dürften heute noch nicht abgesehen werden können. Betrachtungen in dieser Richtung stellt Köttgen in dem neusten von Frank herausgegebenen Sammelwerk, „Deutsches Verwaltungsrecht", an, wenn er (S. 438) sagt: „Die Preisgabe des öffentlichen Rechts bedeutet ... die Preisgabe des Verwaltungsrechts" und a. a. O. zutreffend fortfährt: „Ein auf die besondere Ordnung der Verwaltung zugeschnittenes Verwaltungsrecht wird auch in Zukunft eine relative Sonderexistenz innerhalb des gesamtdeutschen Rechts führen müssen". Wir möchten diese Worte dahin ergänzen, daß es auch in Zukunft ein Privatrecht geben muß, das auf die Formen volksgenössischen Zusammenlebens — um mit Huber zu reden — zugeschnitten ist. Gerade weil der Nationalsozialismus die Einzelpersönlichkeit in ihrer Gliedstellung in der Gemeinschaft schützt, weil er „Wert und schöpferische Kraft der Persönlichkeit anerkennt,[50]) wird er in Zukunft Rechtsformen zur Verfügung stellen, die auf das Zusammenleben der Volksgenossen untereinander besonders zugeschnitten sind. Im nationalsozialistischen Staate wird „die scharfe Ausprägung eines ‚Monismus' in der Rechtordnung, die entweder zu einer ‚Privatisierung' der ganzen Rechtsgebiete im liberalen Sinn oder zu einer ‚Veröffentlichung' im kommunistischen Sinne führen kann, keine Rolle spielen".[51])

§ 3.

Der Wandel der Auffassungen in bezug auf die Frage nach dem Träger der Vollstreckungsgewalt.

Nach der privatrechtlichen Lehre, die bis rund zehn Jahre nach der Jahrhundertwende die herrschende gewesen ist, ist Träger der Vollstreckungsgewalt der Vollstreckungsgläubiger (auch Berechtigter und Vollstreckungssucher genannt.[52]) Der Staat führt danach auf Grund des vom Gläubiger abgeleiteten Rechts die Zwangsvollstreckung mit seinen Vollstreckungsorganen, die als Beauftragte und Vertreter erscheinen, durch. Diese Lehre geht auf A. S. Schulze zurück: „Mit der eignen und freien Verfügung über sein Privatrecht und dessen Ausübung hat der Berechtigte notwendig auch die eigne und freie Verfügung über die seinem Privatrecht immanente Zwangsbefugnis." [53])

---

[47]) Vgl. Maunz, Verwaltung, S. 207.

[48]) Seel in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 153, mit Beispielen.

[49]) Interessant ist hier die Feststellung, daß gerade die radikal-liberale Rechtslehre, besonders Kelsen in seiner „reinen" Rechtslehre die Unterscheidung in der positiven Rechtsordnung leugnet; so Koellreutter, S. 80 ff.

[50]) So Scheuner in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 89.

[51]) So Koellreutter, S. 82, dessen Ausführungen, S. 80 ff, größere Beachtung verdienen.

[52]) Im folgenden wird der Kürze wegen an Stelle von Vollstreckungsgläubiger der Ausdruck Gläubiger gebraucht. Die Bezeichnung Vollstreckungssucher findet sich häufig in der älteren Literatur, ist jedoch heute nicht mehr gebräuchlich.

[53]) Seite 65, s. a. S. 50 ff., bes. 64 und 68; vgl. auch Schwinge, S. 5; Seuffert, Grünhuts Z. 12, 624: „Die Staatsexekution ist Ausübung der dem Berechtigten kraft seines Rechts zustehenden Befugnisse durch die Staatsbehörden"; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 10, 129; Reichel, Jherings J. 53, 157 ff.; Weigelin, S. 10; Pagenstecher, Rechtskraft, S. 371 ff.; weitere Literaturangaben s. bei Hellwig-Oertmann, System, 2. Tl., S. 141, Anm. 7.

Ob man die Befugnis des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung als „Zubehör" des zu erzwingenden Rechts [54]) oder als publizistisches Besitzrecht, aus dessen Anerkennung die Pflicht des Staates zur Durchführung des Rechts entspringt,[55]) auffaßt, ändert an der grundsätzlichen privatrechtlichen Auffassung, daß der eigentliche Träger der Zwangsgewalt der Gläubiger sei, nichts.

Zur Begründung beruft sich diese Lehre auf die geschichtliche Entwicklung. Auch wird als Grund die freie Verfügungsmacht des Gläubigers über sein Privatrecht herangezogen.[56]) Darüber hinaus stützt man sich auf das Rechtsgefühl und darauf, daß der Staat kein eigenes positives Interesse an der Zwangsvollstreckung habe und sie nur so weit durchführe, wie der Gläubiger es wolle; der Staat habe lediglich das negative Interesse, durch Kontrolle Mißbrauch zu verhüten.[57])

Daß eine solche Auffassung über den Träger der Vollstreckungsgewalt mit unserer heutigen Anschauung vom Wesen der Zwangsvollstreckung unvereinbar ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Erwähnt sei nur, daß diese Lehre sich zu Unrecht auf die geschichtliche Entwicklung beruft. Diese kann keine Stütze für eine Theorie abgeben, die eine gegenwärtige Gestaltung unseres Rechts erklären will, zumal die geschichtliche Entwicklung zeigt, wie der Staat nach und nach immer mehr Inhaber der ganzen Herrschaftsgewalt, die der Private verloren hat, geworden ist. Dasselbe Bild bietet die Geschichte des Zwangsvollstreckungsrechts.[58]) Ebenso ist es verfehlt, zur Begründung darauf hinzuweisen, daß das Zwangsvollstreckungsrecht mit der Durchsetzung des materiellen Anspruchs lediglich den Gläubigerinteressen diene. Dies ist eine Betrachtungsweise, die sich von dem Ausgangs- (dem Antrag des Gläubigers) und Endpunkt (der Befriedigung des Gläubigers) der staatlichen Tätigkeit in der Zwangsvollstreckung nicht frei zu machen vermag und damit notwendig zu einer falschen Auffassung kommen muß.

Eine Mittelmeinung erblickt zwar in dem Staat den eigentlichen Träger der Vollstreckungsgewalt; dieser habe sie aber dem Gläubiger zur Ausübung durch die Vollstreckungsorgane übertragen. Durch diese Übertragung soll die Zwangsvollstreckung nicht zu einem privatrechtlichen Recht des Gläubigers werden, sondern ihren Charakter als Ausfluß des Imperiums bewahren.[59])

Diese Lehre hat keine Anhängerschaft gefunden. Der Gedanke, daß der Staat in der Zwangsvollstreckung sein Hoheitsrecht auf den Gläubiger überträgt, ist für unsere heutigen Vorstellungen so abwegig, daß wir hier kein Wort weiter darüber zu verlieren brauchen.

Diese privatrechtliche Konstruktion der Zwangsvollstreckung wurde von einer öffentlich-rechtlichen (publizistischen) Lehre abgelöst, deren Grundgedanke auf Riehl [60]) (1888) und Binding (1888) zurückgeht. Besonders Binding hat in seiner Lehre über den Rechtszwang mit überzeugenden Worten darauf hingewiesen, daß im modernen Staat ein Recht zum Zwang nur noch der Staat, der Gläubiger hingegen nur noch ein Recht a u f den Zwang habe.[61]) Beide vermochten jedoch keinen größeren Einfluß zu entfalten. Auch der Er-

[54]) Reichel, Jherings J. 53, S. 157.
[55]) Pagenstecher, Rechtskraft, S. 371.
[56]) A. S. Schulze, S. 65.
[57]) Weigelin, S. 10; Dümchen, Jherings J. 54, S. 397.
[58]) Vgl. über die historische Entwicklung H. Planitz, die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht (1912), entwicklungsgeschichtliche Übersicht, S. 372 ff.; siehe auch Schwinge, S. 5 ff.
[59]) So bes. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1919), S. 250 ff., bes. 251; von Welck, Gruchots Beitr. 36, S. 507.
[60]) Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Pfändungsrechts; s. a. Schwinge, S. 5.
[61]) Der Rechtszwang, S. 483 ff.; nach einem am 17. 5. 1888 gehaltenen Vortrag.

laß der ZPO., die zu dem Problem ausdrücklich nicht Stellung nimmt, führte keine Änderung herbei. Erst Hellwig [62]) und Stein [63]) gelang es, den entscheidenden Umschwung in der Auffassung über die Zwangsvollstreckung einzuleiten und der „Lehre vom staatlichen Vollstreckungsmonopol" zum Siege zu verhelfen.[64])

Träger der Vollstreckungsgewalt ist nach der publizistischen Auffassung allein der Staat. Der Gläubiger hat nur ein Recht auf den Zwang, d. h. auf die Vollstreckungstätigkeit des Staates und ihren Erfolg. Dieses Recht des Gläubigers, das ihm auf Grund des Vollstreckungstitels zusteht, wird als ein dem öffentlichen Recht angehörender Anspruch auf staatliche Vollstreckung aufgefaßt und als Vollstreckungsanspruch bezeichnet.[65])

Einige Vertreter dieser Lehre nahmen anfangs an, daß der Vollstreckungsanspruch außer seiner Richtung gegen den Staat noch eine solche gegen den Schuldner habe.[66])

Diese Annahme scheint u. E. noch eine Nachwirkung der privatrechtlichen Lehre zu sein, insofern, als die ersten Verfechter des Vollstreckungsanspruchs sich von den Anschauungen jener Theorie noch nicht ganz frei zu machen vermochten. In der Folgezeit überwindet man jedoch diese Zweiteilung und sieht in dem Vollstreckungsanspruch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, der sich nur gegen den Staat richtet, indem man richtig erkennt, daß der Schuldner die Vollstreckung nicht kraft einer besonderen, dem Gläubiger gegenüber bestehenden Duldungspflicht, sondern deshalb über sich ergehen lassen muß, weil er der Vollstreckungsgewalt des Staates unterworfen ist.[67])

Der Vollstreckungsanspruch wird meistens als eine Unterart des sog. Rechtsschutzanspruchs,[68]) teils auch als ein Unterfall eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs aufgefaßt.[69]) Auf diese Unterschiede braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden, da hier nur die allen Ansichten gemeinsame Vorstellung eines Anspruchs gegen den Staat und die Einreihung desselben in die sog. subjektiven öffentlichen Rechts interessiert.[70])

Die Lehre vom Vollstreckungsanspruch dürfte, gemessen nach der Zahl ihrer Verteidiger, auch heute noch als die herrschende bezeichnet werden müssen. Doch scheint mir die Entwicklung auch über diees Auffassung hinweggegangen zu sein. Bereits von der dogmatischen Seite her hat die Lehre vom Rechtsschutzanspruch (Vollstreckungsanspruch) nie völlige Anerkennung gefunden.

---

[62]) Klagrecht und Klagmöglichkeit (1905), S. 18, Lb. Bd. 2 (1907), S. 108.
[63]) Grundfragen (1913), S. 5 ff.
[64]) Diese Entwicklung ist Schwinge, S. 5, entnommen.
[65]) Wach, Vorträge (1879), S. 300; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 16 ff., bes. S. 18; Stein-Jonas, II vor 704; Hellwig-Oertmann, System, 2. Teil, S. 145; Förster-Kann, Vorbemerkung 2 zu § 704; weiteres Schrifttum bei Raatz, S. 21, Fußnote 15.
[66]) So vor allem Wach, der Begründer der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Handbuch I, S. 19 (1885), Feststellungsanspruch (1888), S. 15: „Er (erg. Rechtsschutzanspruch, dessen eine Unterart nach Wach der Vollstreckungsanspruch ist) richtet sich an den Staat, welcher den Schutz gewähren soll; er richtet sich gegen den Gegner, demgegenüber derselbe zu gewähren ist"; ebenso Geib, S. 67, der der Ansicht ist, daß der Gläubiger außer dem Rechtsschutzbegehren gegen den Staat noch die Erzwingbarkeit seines materiellen Anspruchs gegen den Schuldner geltend mache; zustimmend Hirsch, S. 124; ähnlich auch v. Thur, 1 I S. 177 ff., nach ihm ist das Zugriffsrecht „auf dem Gebiete des materiellen Rechts eine gegen den Schuldner gerichtete Befugnis des Gläubigers; kein Anspruch im Sinne des BGB . . ., sondern ein Recht des rechtlichen Könnens, dem das Vermögen des Schuldners unterliegt: ein Aneignungsrecht" (S. 177). — Gegen diese Zweiteilung vgl. Hein, Duldung, S. 94 (bes. gegen Geib); v. Lenski, S. 33 ff. (bes. gegen v. Thur).
[67]) Hellwig. Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 23—24; Sauer, S. 285; Binder, Prozeß und Recht, S. 237; Hein, Duldung, S. 94; Heim, S. 185 ff.; Fischer-Fischershof, S. 60.
[68]) Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 16 ff.
[69]) Groh, ZZP. 51, 176 ff., bes. 185.
[70]) Vgl. Raatz, S. 21.

Auf die Angriffe im einzelnen kann hier nicht eingegangen werden.[71]) Es sei nur hervorgehoben, daß die Zahl derer, die diese Lehre von der dogmatischen Seite her bekämpfen, im neuen Schrifttum immer größer geworden ist.[72]) Auch sind Zweifel gegen die Annahme eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs geäußert worden.[73]) Der Hauptangriff jedoch ist nicht von der zivilprozeßrechtlichen Dogmatik, sondern von allgemeinrechtlicher und weltanschaulicher Seite her erfolgt. Aus allgemeinrechtlichen Gesichtspunkten heraus sind bereits bei Fischer (1887)[74]), Köhler (1888)[75]), Kleinfeller (1905)[76]), Sauer (1919)[77]), Binder (1925, 1927)[78]) und Baumbach (1935)[79]) zu einer Ablehnung des Rechtsschutz-(Vollstreckungs-)Anspruchs gekommen.

Folgende Worte Kohlers verdienen besondere Erwähnung: „Der Staat verwirklicht das Recht nicht um der Einzelnen willen, er tut es, weil ohne Rechtsverwirklichung keine Kultur existieren kann. Was soll da der Einzelne den Staat an seine Aufgabe erinnern, wie mit einem Glockenzug den Staat herbeizitieren, damit er ihm dienstbar sein soll?“[80]) Die Worte Kohlers mußten jedoch in einer vom Liberalismus beherrschten Welt ungehört verhallen. So blieb es der nationalsozialistischen Revolution und der mit ihr einsetzenden gewaltigen Umgestaltung unseres Rechtsdenkens innerhalb der letzten 4 Jahre vorbehalten, mit vielen anderen, das mit der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht vereinbar war, auch den Rechtsschutzanspruch zu beseitigen.

Der Rechtsschutzanspruch (Vollstreckungsanspruch) ist ein Kind seiner Zeit, er erwuchs auf dem Boden einer liberalen Weltanschauung.[81]) Bülow betont den Zusammenhang der Theorie vom Urteilsanspruch mit der der allgemeinen Menschen- und Bürgerrechte[82]) und Richard Schmidt[83]) bekennt: „Der Rechtsschutzanspruch spielt ... dieselbe Rolle für den Gesetzgeber wie das Grundrecht oder Menschenrecht für die Verfassungsurkunde.“ Deutlicher kann unsere Ansicht, mit der wir übrigens nicht allein dastehen, über den weltanschaulichen Hintergrund des Rechtsschutzanspruchs nicht bestätigt werden.[84]) Die verfassungsrechtlichen Grundrechte waren die Mittel, um den einzelnen eine staatsfreie Sphäre zu schaffen und damit der deutlichste Ausdruck jener Zeit, in der der einzelne (die Gesellschaft) in eine Gegnerschaft zum Staate gedrängt wurde.[85]) Das privatrechtliche Anspruchsdenken triumphierte[86]) und schien die einzige Möglichkeit zu sein, um das Verhältnis zwischen Privatem und Staat

[71]) In den letzten Jahrzehnten ist im prozeßrechtlichen Schrifttum der Rechtsschutzanspruch immer wieder Gegenstand lebhafter Erörterungen gewesen; vgl. Raatz, S. 22.

[72]) Kleinfeller, ZZP. 34, 378; Sauer, S. 534 ff., bes. 537; Groh, ZZP. 51, 173 ff.; Binder, Prozeß und Recht, S. 103; Fischer-Fischershof, S. 65. Allerdings lehnen nicht alle mit dem Rechtsschutzanspruch zugleich das Vorhandensein eines Vollstreckungsanspruchs ab; so wird lediglich der Vollstreckungsanspruch bejaht von W. A. Müller, S. 13; Bülow, ZZP. 31, 201; vgl. dazu auch Raatz, S. 22, mit weiterem Schrifttum in Fußnote 24.

[73]) Sauer, 561 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Bd. 1 (1931), § 205, Anm. 5; Fischer-Fischershof, S. 64 ff., dort auch weitere Literaturangaben.

[74]) ZZP. 10, 429, Besprechung von Wachs Handbuch des Zivilprozesses, Recht und Rechtsschutz, S. 73 ff.

[75]) Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 13—14; ZZP. 33, 218; Archiv Ziv. Pr. 97, S. 9—10; Prozeßrechtliche Forschungen, S. 71, 77.

[76]) ZZP. 34, 378.

[77]) S. 561 ff.

[78]) Philosophie des Rechts, S. 659, Prozeß und Recht, S. 375 ff., insbes. S. 391.

[79]) 1 B vor § 704.

[80]) Prozeßrechtliche Forschungen (1889), S. 77.

[81]) So auch Raatz, S. 22 ff.

[82]) Klage und Urteil, S. 12 ff.; vgl. oben Anm. 72.

[83]) Der Prozeß und die Staatsbürgerlichen Rechte, Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. 2, 1910, S. 28.

[84]) Vgl. Raatz, S. 22.

[85]) Vgl. auch Huber, Grundbegriffe, S. 149, und Maunz, Neue Grundlagen, S. 44 ff.

[86]) Lange, S. 11.

zu erklären.[87]) So führte es auch zu der Annahme eines Prozeßrechtsverhältnisses zwischen Kläger, Beklagten und Staat und zu der eines Rechtsschutzanspruchs.[88])

Der Nationalsozialismus hat an Stelle dieser liberalen Betrachtungsweise eine Rechtsauffassung gesetzt, die in dem einzelnen Volksgenossen nicht das selbständige, losgelöste Individuum, sondern ein Glied des gesamten Volkes erblickt und die durch Betonung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens den Volksgenossen in eine totale Treuebindung zu der Gemeinschaft bringt.[89]) „War ein wesentliches Kennzeichen des alten Systems der Vorrang des Bürgers vor der politischen Einheit, so gehört zu den Hauptgrundsätzen der revolutionären Haltung die Einordnung des Volksgenossen in die Gemeinschaft und ihre Unterordnung unter den Staat." [90]) Mit dieser neuen Gemeinschaftsordnung, in der das Wesen der staatlichen Hoheit wieder zur vollen Geltung gelangen soll und muß, ist die Annahme eines Anspruchs gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz, bzw. auf Durchführung der Vollstreckung unvereinbar.[91]) „Die Gemeinschaftsordnung steht hoch über den Ansprüchen. Nicht die Ordnung ist eine Summe von Ansprüchen, sondern die Ansprüche sind eine der zahlreichen Wirkungsformen der Ordnung." [92])

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß heute nur folgende Auffassung Geltung beanspruchen kann: Der Staat ist der alleinige Träger der Vollstreckungsgewalt, er wird in der Zwangsvollstreckung tätig, nicht weil dem Gläubiger der Vollstreckungsanspruch zusteht, und der Staat darum seine Schuld einlösen müßte, sondern weil der Staat eine an sich selbst gestellte Aufgabe damit erfüllen will.[93]) Der Staat tut es als Garant der unter seinem Schutz stehenden Rechtsordnung und verpflichtet darum die Vollstreckungsorgane, Vollstreckungsverhandlungen vorzunehmen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Eine dieser Voraussetzungen ist der Antrag des Gläubigers. Auf Grund seines Vollstreckungstitels kann der Gläubiger das Vollstreckungsverfahren in Gang setzen. Diese prozessuale Rechtsstellung, die dem Gläubiger auf Grund seines Titels zukommt, hat man mit prozessualer „Handlungsbefugnis",[94]), „Anwartschaft" [95]) und „Möglichkeit" [96]) bezeichnet. Der letztgenannte Ausdruck ist der treffendste, auch verwendet ihn der Gesetzgeber selbst im „Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten" vom 13. 12. 1934 (RGBl. I S. 1234).[97]) Systematisch wird man die prozessuale Stellung des Gläubigers im Gegensatz zum subjektiven öffentlichen Recht am besten als Reflex der Rechtsordnung auffassen.[98] Mit dieser Auffassung hat die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise über die Vollstreckungsgewalt endgültig den Sieg davongetragen. Obwohl die Lehre vom Vollstreckungs-(Rechtsschutz-)Anspruch ein notwendiges Glied in der Entwicklung

87) Schaffstein, DJZ. 1934, 1174.
88) Lange, S. 11; Raatz, S. 23.
89) Schaffstein, DJZ. 1934, S. 1179; Raatz, S. 23.
90) Huber, a. a. O., S. 167.
91) Lange, S. 11.
92) Ders., S. 32, vgl. auch 26.
93) Bernhardt, S. 31.
94) Bülow, Geständnisrecht, S. 37 ff.
95) Fischer-Fischershof, S. 66.
96) Bernhardt, S. 32.
97) Darauf bereits von Raatz, S. 25, hingewiesen.
98) Über die Grenzziehung zw. subj. öff. Recht und Reflex vgl. statt aller Bernhardt, S. 28 ff.; dieses Problem hat übrigens an Bedeutung verloren, da im Gemeinschaftsrecht die subj. öff. Rechte ihre Zentralstellung, die sie in der liberalen Zeit inne hatten, verloren haben; Köttgen, S. 182 ff., bes. 188; vgl. dazu auch Maunz, Neue Grundlagen, S. 23 ff., bes. S. 28 ff.

zur richtigen Erkenntnis war, war sie insofern privatrechtlich orientiert, als sie sich „aus einer Überschätzung des Anspruchbegriffes" erklärt.[99])

Die privatrechtliche Lehre der Wissenschaft hat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts keine Stütze. Alle in Frage kommenden Entscheidungen beruhen auf dem „Leitgedanken einer staatlichen Vollstreckungsgewalt".[100])

Bereits im RGZ. 16, 396 (408), einem Beschluß der Vereinigten Zivilsenate aus dem Jahre 1886, wird die „Zwangsvollstreckung als ein Akt der vollziehenden Gewalt des Staates, als ein Ausfluß der souveränen Macht desselben" [101]) bezeichnet. Allerdings sind die Ausführungen dieser Entscheidung im einzelnen nicht frei von Widersprüchen, so heißt es z. B. auf Seite 409: „Indem der Staat nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung den Betrieb der Zwangsvollstreckung den Parteien überweist, jedoch, da ihnen selbst die Ausübung des Zwangsrechts gegen den Schuldner nicht überlassen werden kann, besondere Organe geschaffen hat, welchen er die gesetzliche Befugnis erteilt und die Verpflichtung auferlegt hat, im Auftrage der Parteien die Zwangsvollstreckung zu vollziehen, das staatliche Zwangsrecht auszuüben, stellt er diese seine Beamten und Vollzugsorgane in den Dienst der Parteien." Diese mißverständliche Äußerung erklärt sich aus dem Bestreben, ein zwischen dem Gerichtsvollzieher und Gläubiger angenommenes Mandatsverhältnis zu begründen. Keineswegs darf diese Stelle zugunsten der Auffassung, daß Träger der Vollstreckungsgewalt der Gläubiger sei, ausgelegt werden; wie ja auch das Reichsgericht den Gerichtsvollzieher niemals schlechthin als Vertreter des Gläubigers angesehen hat.[102]) Für die öffentlich-rechtliche Auffassung des RG. ist vor allem der immer wiederkehrende Ausdruck von dem dem Gerichtsvollzieher verliehenen und von diesem ausgeübten öffentlichen „Imperium" kennzeichnend.[103]) Darüber hinaus wird vom RG. davon gesprochen, daß der Gerichtsvollzieher „Staatsgewalt",[104]), „öffentliche Gewalt" [105]), „staatliche Zwangsrechte" [106]) ausübt. Schließlich is in RGZ. 138, 81 (85) mit aller Deutlichkeit gesagt, „daß die Zwangsvollstreckung ... Staatstätigkeit ist, und deshalb in allen ihren Teilen ausschließlich dem öffentlichen Recht angehört."

Danach kann nicht bezweifelt werden, daß das RG in dem Staat den Träger der Vollstreckungsgewalt sieht. Besondere Erwähnung verdient hier die klassische Formulierung in der Plenarentscheidung vom 2. Juni 1913 (RGZ. 82, 85 (86): „In der Zwangsvollstreckung betätigt sich die staatliche Zwangsvollstreckungsgewalt durch die eigenen Organe des Staates. Ob die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder den Gerichtsvollziehern zugewiesen ist, und wie auch die landesrechtliche Regelung des Gerichtsvollzieherwesens gestaltet ist, stets erfolgt sie zwar nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag oder im Auftrage oder im Interesse der Partei, aber als Ausübung staatlicher Zwangsgewalt kraft der der Behörde oder dem Einzelbeamten vom Staate verliehenen Gewalt. Der Antrag oder der Auftrag der Partei ist nicht die Quelle der Zwangsbefugnis, sondern nur der äußere Anlaß, der die Betätigung der Zwangsgewalt auslöst. Deshalb gehört die Tätigkeit der Organe der Zwangsvollstreckung, der

[99]) Sauer, S. 537.
[100]) Oertmann, Das Reichsgericht und die Grundbegriffe der Zwangsvollstreckung, S. 88.
[101]) Ebenso fast wörtlich RGZ. 17, 332 (333), die Entscheidung, die die Veranlassung zu dem obigen Beschluß gegeben hat.
[102]) Einzelheiten siehe in § 7 dieser Arbeit.
[103]) So vor allem auch in RGZ. 16, 409; weiterhin in RGZ. 10, 233 (234), 1883; 56, 84 (91).
[104]) RGZ. 16, 408.
[105]) RGZ. 144, 262 (267), 1934.
[106]) RGZ. 17, 332 (333).

Gerichtsvollzieher nicht minder wie der Gerichte, dem öffentlichen Rechte an, und zwar in ihrer Geamtheit."

Während sich das RG. in seinen älteren Entscheidungen zur Begründung dafür, daß die Zwangsvollstreckung Ausübung öffentlicher Gewalt ist, auf den ihr innewohnenden Zwangscharakter beruft, wird in den jüngeren Entscheidungen daneben das Moment der staatlichen Fürsorge stärker betont.[107]) Dieser Gedanke hat insbesondere wesentlich dazu beigetragen, das Verhältnis des Staates, bzw. seiner Organe zu dem die Zwangvollstreckung betreibenden Gläubiger zu klären. Nur mit seiner Hilfe war es möglich, zu begründen, daß auch dem Gläubiger gegenüber der Staat in der Zwangsvollstreckung „Hoheitsrechte" ausübt.[108])

Dafür, daß das RG. jemals die Lehre vom Vollstreckungsanspruch vertreten hat, hat sich aus den uns zugänglichen Entscheidungen kein Anhalt ergeben.[109]) U. E. hat es dem Reichsgericht fern gelegen, das Verhältnis des Gläubigers zu dem Staat mit der Annahme eines „Anspruchs" zu erklären. Wenn sich das RG. auch nie ausdrücklich darüber geäußert hat, wie die prozessuale Rechtsstellung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung eigentlich aufzufassen sei, so scheint doch die modernste wissenschaftliche Lehre, die dem Gläubiger lediglich die „Möglichkeit" gibt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, der reichsgerichtlichen Auffassung — wie sie sich nach den jüngsten Entscheidungen darstellt — am nächsten zu kommen. Vor allem spricht u. E. dafür der in der reichsgerichtlichen Rechtssprechung eine immer größere Rolle spielende Gedanke der staatlichen Fürsorge. Er läßt darauf schließen, daß auch nach dem RG. der Staat durch sein Tätigwerden in der Zwangsvollstreckung eine sich selbst gestellte Aufgabe erfüllt, lediglich als Hüter der Rechtsordnung tätig wird, ohne daß dem Gläubiger ein besonderer Anspruch gegen den Staat zugestanden werden müßte.

§ 4.

Die Umbildung des Pfändungsbegriffs.

Die Pfändung, d. h. der Akt, mit dem die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen beginnt,[110]) hat im Laufe der Zeit eine verschiedenartige rechtliche Beurteilung erfahren.

Unter der Herrschaft der privatechtlichen Auffassung übe die Vollstreckungsgewalt konnte man in der Pfändung nur einen Akt des Gläubigers erblicken, den er mit Hilfe seines Vertreters, des Gerichtsvollziehers oder des Gerichts, durchführen läßt.[111]) Aus der jener Zeit eigenen privatrechtlichen Grundhaltung dem Prozeßrecht gegenüber sieht man nur die am meisten ins Auge springende Wirkung der Pfändung, das Pfändungsppfandrecht. So bezeichnet Hein [112]) die Pfändung als einen unmittelbar auf die Entstehung des Pfandrechts gerichteten Akt. Am klarsten kommt die Auffassung, daß die Pfändung lediglich Pfändungspfandrechtsbegründung sei, in einem Wort Kirchbergers zum Ausdruck. „Die Entstehung eines Pfandrechts ist nicht die Wir-

---

[107]) RGZ. 56, 88 (89); 82, 86; 58, 88–89; 84, 27 ff.; 144, 262 (267); außerdem wird allgemein hervorgehoben, daß sich die „Ausübung der öffentlichen Gewalt" nicht mit der „Betätigung der staatlichen Zwangsgewalt" erschöpft; so RGZ. 86, 117 (122); s. weiterhin RGZ. 84, 27 ff.; 91, 273 (274); 111, 366 (369); 118, 241 (244).

[108]) So vor allem RGZ. 56, 88; 144, 267.

[109]) So auch Oertmann, Grundbegriffe, S. 88.

[110]) Blomeyer, S. 77 ff.; Schwinge, S. 4.

[111]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis (1888), S. 10: „Jetzt ist es ... sicher, daß es ein Akt des Klägers ist, wenn er den Beklagten durch den Gerichtsvollzieher pfänden läßt."

[112]) Pfändungsvorzugsklage, S. 16; im Ergebnis ebenso Falkmann-Mugdan, S. 620 ff.

kung der Pfändung, sondern es ist die vom Gesetze an die Vornahme derselben geknüpfte Folge. Diese Folge tritt notwendig ein, wenn die sie hervorrufende Handlung eingetreten ist . . . Pfändung und Entstehung eines Pfandrechts, d. h. eines Pfändungspfandrechts, sind untrennbare und im gewissen Sinne identische Begriffe. Es macht keinen Unterschied, ob man sagt: es ist eine Pfändung bewirkt worden, oder: es ist ein Pfandrecht entstanden." [113]) Diese Auffassung dürfte die, wenn auch nicht immer ausdrücklich ausgesprochene, so doch stillschweigend unterstellte Meinung des nahezu ganzen Schrifttums bis zum Jahre 1910 gewesen sein.[114])

Zur Begründung begnügt man sich zumeist mit dem Hinweis auf § 804.[115]) Die Widerlegung dieser Anschauung ergibt sich für uns heute bereits aus der Erkenntnis, daß Träger der Vollstreckungsgewalt der Staat und nicht der Gläubiger ist.

Inmitten der von der privatrechtlichen Denkweise beherrschten wissenschaftlichen Welt hat es jedoch nicht an Männern gefehlt, die an den Grundfesten der privatrechtlichen Lehre zu rütteln begannen. Mothes [116]) erkennt im Jahre 1903 — soweit wir sehen zuerst — die Pfändung als eine Art der staatlichen Beschlagnahme; in der Beschlagnahme selbst sieht er einen Akt der staatlichen Autorität, der die Verdrängung der privaten Verfügungsmacht und die Begründung einer besonderen Herrschaft der öffentlichen Gewalt zur Folge hat. Binding [117]) hat hervorgehoben, daß die durch die Beschlagnahme als eine provisorische Maßnahme erlangte Verfügungsgewalt für den Staat nicht Zweck, sondern nur Mittel zur Herbeiführung eines neuen, endgültigen Zustandes ist. Richard Schmidt [118]) hat schließlich festgestellt, daß sich alle Vollstreckungsformen in zwei getrennten Abschnitten vollziehen, und zwar „in der Entziehung des Vermögensstücks aus der Verfügungsgewalt des Schuldners (Beschlagnahme, Pfändung) und in der Herstellung von Geld aus dem Vermögensstück sowie der Auszahlung des Geldwertes an den Gläubiger (Versilberung, Verwertung)". Vor allem ist hier noch Riehl [119]) zu nennen, der bereits im Jahre 1888 ein publizistisches Moment neben dem materiellen Pfandrecht unterscheidet: „Während nämlich der letztere (erg. Pfandvertrag) . . . seine Wirkungen lediglich auf dem Gebiete des Zivilrechts äußert, tritt zu der Pfändung ein publizistisches Moment hinzu." (A. a. O., S. 77, 78) . . . „Sie (erg. die Pfandverstrickung) tritt gewissermaßen als ein formelles, im öffentlichen Rechte wurzelndes Pfändungspfandrecht neben das materielle, auf dem Zivilrecht beruhende, sich von letzterem in seinen Voraussetzungen und Wirkungen scharf unterscheidend" (S. 80).[120])

Allerdings vermochten diese Vorläufer einer öffentlich-rechtlichen Lehre mit ihren Ansichten nicht durchzudringen. Das mag in erster Linie daran gelegen haben, daß sie ihre Erkenntnis nicht weiter auswerteten oder doch nicht folgerichtig bei der Pfändung selbst, noch viel weniger bei den übrigen zwangsvollstreckungsrechtlichen Instituten (so vor allem bei der Verwertung) durchführten.[121])

---

113) Die Vorpfändung nach § 845 der ZPO. Leipziger Diss. 1907, S. 42.
114) Vgl. die Kommentare bis zu dieser Zeit zu § 804 (709 a. Fassung).
115) Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind die der ZPO.
116) Beschlagnahme, S. 1 ff.
117) Lehrb. des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil. 2. Aufl. 1902—05. II. S. 609 ff.
118) Lehrfl. (1910), S. 928.
119) Materiell-rechtliche Voraussetzungen.
120) Eine öffentlich-rechtliche Auffassung der Pfändung vertritt auch Hassenpflug, Gruchots Beitr. 32, 92 ff. (1888).
121) Vgl. z. B. R. Schmidt, Lehrb. 930 ff., behandelt, obwohl er kurz zuvor von der Pfändung als einer Beschlagnahme gesprochen hat, als ihre Wirkung nur das Pfandrecht.

Trotz alledem darf die Bedeutung dieser Männer nicht unterschätzt werden. Die Grundlagen, auf denen weiter gebaut werden konnte, sind von ihnen geschaffen worden.

Aufbauend auf den Erkenntnissen der Genannten werden schließlich von Stein die öffentlich-rechtlichen Grundgedanken folgerichtig für die Pfändung durchgeführt.[122]) Nach und nach gewinnt nun auch eine öffentlich-rechtliche Lehre immer mehr an Boden, bis schließlich von ihr die privatrechtliche Theorie völlig verdrängt wird.

Die publizistische Lehre sieht in der Pfändung einen besonderen Akt der staatlichen Zwangsvollstreckung, also der Staatsgewalt, durch den das Vollstreckungsobjekt der Verfügungsgewalt des Schuldners entzogen und für die Befriedigung des Gläubigers sicher gestellt wird. Die Pfändung erscheint somit als eine Unterart der staatlichen Beschlagnahme.[123]) Indem man die Pfändung als eine Beschlagnahme auffaßt, wird bewußt ihr Zwangscharakter gegenüber dem Schuldner betont.

Zwei Wirkungen der Pfändung sind nach der öffentlich-rechtlichen Lehre zu unterscheiden: die publizistische, die sog. Verstrickung, und die privatrechtliche, das Pfändungspfandrecht.

Die Pfandverstrickung wird aufgefaßt als die rechtliche Gebundenheit des gepfändeten Gegenstandes, auf Grund deren dem Schuldner die Verfügungsmacht insoweit entzogen wird und auf den Staat übergeht, als es die Durchführung der Zwangsvollstreckung erfordert. Auf Grund dieser Verstrickungswirkung unterliegt der Schuldner dem Verbot, sich jeder Verfügung, soweit dadurch die Durchführung der Zwangsvollstreckung gefährdet wird, zu enthalten.[124]) Die Verstrickung ist damit zur Hauptwirkung[125]) der Pfändung geworden. Auf ihre Entstehung ist der Pfändungsakt unmittelbar gerichtet, sie bildet auch die Grundlage für die weitere Vollstreckung.[126]) Man läßt die Verstrickung als Wirkung jeder ordnungsmäßigen Pfändung entstehen und macht die Pfändung hierdurch zum alleinigen Entstehungstatbestand der Verstrickung.[127]) Auch folgert man mit Recht aus dem hoheitlichen Charakter der Pfändung, daß ein Mangel des Zwangsvollstreckungsverfahrens nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit der publizistischen Vollstreckungswirkung führen kann.[128]) Die Verstrickung ist damit unabhängig von dem zu verwirklichenden materiellen Anspruch des Gläubigers geworden, sie wird deshalb auch nur durch die Beendigung der Verwertung, die Aufhebung der Pfändung seitens des Vollstreckungsorgans (Entstrickung), jedoch nicht durch den Untergang des materiellen Anspruchs beendet.

Das Pfandrecht, das nach § 804 die ausnahmslose Folge der Pfändung zu sein scheint, stellt sich nach der öffentlich-rechtlichen Lehre neben der Verstrickung nur als eine privatrechtliche Nebenwirkung von untergeordneter Bedeutung dar.[129]) Seiner Rechtsnatur nach wird es als subjektiv-dingliches Privatrecht aufgefaßt und erscheint als selbständige dritte Art des bürgerlich-

---

[122]) Grundfragen (1913), S. 24 ff.; Stein selbst beruft sich auf Mothes, Binding, R. Schmidt (S. 24, 25) und Riehl (S. 55).

[123]) Hellwig-Oertmann, Syst., 2. Tl., S. 242 ff.; Seuffert-Walsm., § 803, 6; Stein-Jonas, § 803, II, 1; Förster-Kann, § 803, 2 (weniger deutlich); Schwinge, S. 9; vgl. auch Lent, Z. Akad. D. R. 1937, S. 329, der die Frage der rechtlichen Konstruktion der Pfändung und Verwertung in bezug auf die beabsichtigte Neuregelung des Vollstreckungsrechts behandelt.

[124]) Vgl. die in der vorherigen Anm. genannten.

[125]) Schwinge, S. 10; Spohr, S. 50.

[126]) Schwinge, S. 95, und die übrigen Anm. 123.

[127]) Statt aller Seufert-Walsmann, § 803, 6.

[128]) Schwinge, S. 12—13, über die Frage, wann die Verstrickung nichtig, wann nur anfechtbar ist, vgl. ebenda S. 21 ff.

[129]) Schwinge, S. 10.

rechtlichen Pfandrechts neben dem Vertragspfandrecht (§ 1204 BGB.) und dem gesetzlichen Pfandrecht (§ 1257 BGB.), näher diesem als jenem verwandt.[130]) Folgerichtig werden die zivilrechtlichen Bestimmungen über das Vertragspfandrecht angewandt, jedoch nur insoweit, als sie auch der Eigenart des Pfändungspfandrechts als eines prozeßrechtlichen Instituts angepaßt sind.[131]) So wird insbesondere als Voraussetzung für Entstehung und Weiterbestehen des Pfandrechts neben einer ordnungsmäßigen Pfändung das Bestehen eines materiellen Anspruchs des Gläubigers (§ 1204 BGB., Grundsatz der Akzessorietät) [132]) gefordert und weiterhin verlangt, daß der Pfandgegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört (§ 1205 BGB.) [133] und nicht Eigentum des Gläubigers selbst ist.[134]) Dagegen wird mit Recht von der herrschenden Lehre der gutgläubige Erwerb des Pfändungspfandrechts (§ 1207 BGB.) abgelehnt, weil es sich bei diesem um „die Wirkung eines staatlichen Zwangsaktes, der mit einem Rechtsgeschäft nichts gemein hat", handelt.[135]) Ebenso kann nach der öffentlich-rechtlichen Ansicht beim Pfändungspfandrecht im Gegensatz zum Vertragspfandrecht der Mangel des schuldnerischen Eigentums nicht durch die Einwilligung des Eigentümers (§ 185 BGB.) ersetzt werden. „Die Pfändung ist ein staatshoheitlicher Akt, auf den der Gläubiger oder ein Dritter unmittelbar keine Möglichkeit der Einflußnahme hat. Daran ändert auch nichts, daß dieser staatliche Akt neben der publizistischen noch eine privatrechtliche Wirkung hat; die Wirkungen, die ein Vorgang äußert, sind von dem Vorgang selbst wohl zu unterscheiden." [136]) Dagegen wird nachträgliches Wirksamwerden (ex nunc) des Pfändungspfandrechts durch spätere Genehmigung des Dritten oder durch nachträglichen Eigentumserwerb des Schuldners bejaht.[137]) „Hat sich der Staatsakt „Pfändung" erst einmal seiner privatrechtlichen Wirkung entäußert, so daß sie ihr eigenes Leben führen kann, dann bestehen gegen die bestimmende Einflußnahme privatrechtlicher Vorgänge keine Bedenken mehr. Jetzt handelt es sich ja gar nicht mehr um die Einflußnahme auf einen Akt staatshoheitlicher Natur, sondern statt dessen bloß um die Rechtsgestaltung eines Vorganges, der nur die Interessen einzelner berührt." [138]) Auf die Anwendung weiterer bürgerlich-rechtlicher Vorschriften kann hier nicht eingegangen werden.[139]) Es war lediglich zu zeigen, wie für die Anwendung bzw.

[130]) Stein-Jonas, § 804, I.

[131]) Vgl. statt aller Schwinge, S. 87, mit weiteren ausführlichen Literaturangaben in Anm. 9 daselbst.

[132]) Schwinge, S. 98—99; Stein, Grundfragen, S. 31 ff. A. A. Pagenstecher, Rheinische Z. 6, 512 ff.; Richard Schmidt, Lb. S. 934; Emmerich, S. 258, 525 ff.; diese nehmen Akzessorietät gegenüber dem Vollstreckungstitel (-anspruch) an; weiteres Schrifttum bei Schwinge, S. 99, Fußnote 2. Diese Auffassung ist nach publizistischer Lehre unhaltbar; so insbes. Schwinge, S. 100, und die dort Fußnote 3 genannten.

[133]) Schwinge, S. 88 ff. und das daselbst S. 90, Anm. 4 ausführlich angegebene Schrifttum. — Ein Pfändungsrecht an fremden Sachen erkennt u. a. an W. A. Müller, S. 89 ff.; Hellwig-Oertmann, Syst. Tl. 2, S. 312 ff.; Baumbach, § 804, Erl. 2 C. Gegen diese Auffassung vgl. Schwinge, S. 89 ff., der insbes. (S. 92) darauf hinweist, daß fast alle Schriftsteller, die ein Pfandrecht an fremder Sache anerkennen, nicht zw. Verstrickung und Pfandrecht unterscheiden und deshalb eine Auseinandersetzung mit ihnen auf der Grundlage der neuen Pfändungstheorie wegen der fehlenden Verständigung über das Wesen der Pfändung unmöglich ist.

[134]) Stein-Jonas, § 804, II 4; Schwinge, S. 94 ff. A. A. all diejenigen, nach denen durch die ZPO die Voraussetzungen des Pfandrechts erschöpfend geregelt werden, z. B. Emmerich, S. 35 ff.

[135]) Schwinge, S. 89, mit weiteren Literaturangaben Anm. 1 das.

[136]) Schwinge, S. 92.

[137]) Schwinge, S. 92—93; Müller, S. 95 ff., der allerdings für Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB (ex tunc); Stein-Jonas, § 804, II 5.

[138]) Schwinge, S. 92.

[139]) Über die Anwendung weiterer bürgerlich-rechtlicher Bestimmungen, insbesondere bei Forderungspfändungen vgl. Bellersen: Der besondere privatrechtliche Schutz des Pfändungspfandgläubigers. Diss. Göttingen 1927, S. 80 ff.

Nichtanwendung privatrechtlicher Bestimmungen auf das Pfandrecht der öffentliche Charakter der Pfändung letzten Endes ausschlaggebend ist.

Zur Begründung der publizistischen Wirkung beruft man sich allgemein auf § 829, aus dem sich in bezug auf Forderungspfändungen unmittelbar das Verfügungsverbot an den Schuldner ergibt; weiterhin auf § 137 StGB., aus dem mittelbar das Verbot für die Pfändung beweglicher Sachen folgt. Schließlich weist man noch auf das Zahlungsverbot an den Drittschuldner und auf zahlreiche Geschäftsanweisungen für Gerichtsvollzieher hin, die ebenfalls von einem Verbot an den Schuldner sprechen.[140])

Zur Begründung der privatrechtlichen Natur des Pfandrechts stützt man sich auf § 804 Abs. 1. Man folgert aus dem Wortlaut („Pfandrecht"), daß der Gesetzgeber logischerweise an das Pfandrecht des BGB. gedacht habe und nicht an etwas, das in seinem Wesen davon grundverschieden ist.[141]) Eine nähere Begründung dafür, daß es sich bei dem Pfändungspfandrecht trotz seines öffentlich-rechtlichen Entstehungsvorgangs nur um eine privatrechtliche Folge handelt, haben wir nur bei Schwinge finden können. Er weist mit Recht darauf hin, daß im § 804 Abs. 2 das Gesetz „ausdrücklich die Rechtsfolgen des Pfändungspfandrechts auf das Verhältnis von Gläubiger zu Gläubiger und Gläubiger zur Konkursmasse" beschränkt, zwischen diesen aber ein Rechtsverhältnis der Gleichordnung und nicht der Über- und Unterordnung besteht und das Pfandrecht somit vom Standpunkt der Subjektionstheorie als ein Privatrecht anzusehen ist. Bei Anwendung der Interssentheorie kommt Schwinge zu dem gleichen Ergebnis, indem er darauf hinweist, daß der Staat nur ein Interesse an der Verstrickung habe, da er „durch sie die Verfügungsgewalt über den Pfandgegenstand" erwerbe, dagegen das Pfändungspfandrecht für die Begründung der staatlichen Verfangenheit entbehrlich sei.[142]) Bezüglich der Zulässigkeit der Anwendung der für das Pfandrecht des BGB. geltenden Bestimmungen wird richtigerweise auf den Zweck des Pfändungspfandrechts hingewiesen, der wie beim Vertragspfandrecht die Sicherung [143]) und nicht die Befriedigung des Gläubigers [144]) ist. Mit der Zweckgleichheit ist auch die Begriffsgleichheit beider Institute gegeben.[145])

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, das Pfändungspfandrecht als ein rein prozessuales (öffentlich-rechtliches) Recht zu konstruieren, um dadurch zu einer einheitlichen publizistischen Auffassung von der Pfändung zu kommen. So erstreben vor allem Demelius [146]) (1897), Du Chesne [147]) (1903), Bunsen [148]) (1906), Emmerich [149]) (1909) und Baumbach [150]) (1935) als letztes Ziel die Beseitigung des privatrechtlichen Pfändungspfandrechts. Demelius behauptet a. a. O. Zweckverschiedenheit und damit Wesensverschiedenheit des Pfändungs- vom Vertragspfandrecht; jenes diene der „Befriedigungsdeckung", dieses der „Sicherungsdeckung". Bunsen sieht a. a. O. in dem Pfändungspfandrecht „ein den ... Prozeßzwecken dienendes prozeßrechtliches Institut", das

140) Schwinge, S. 9; Stein, Grundfragen, S. 26—27.
141) Schwinge, S. 85, mit weiterem Schrifttum in Anm. 2; dort (Anm. 3) auch Angabe derjenigen Schriftsteller, die dem § 804 eine andere Auslegung geben wollen.
142) Schwinge, S. 10.
143) Derselbe, S. 86 ff.
144) „Befriedungsdeckung" als Zweck des Pfändungspfandrechts nimmt u. a. an Demelius, Pfandrecht, S. 48.
145) Schwinge, S. 87, 31.
146) Pfandrecht, S. 31 ff., insbes. 48.
147) Sächs. Arch. 13, 616 ff.
148) Arch. Bürg. R. 29, S. 27 ff.
149) Pfandrechtskonkurrenzen, S. 258, 525 ff.
150) Übers. 5 vor § 803, Anm. 1 das. und § 804, 1, 2.

vom Vollstreckungstitel abhängig ist. Akzessorietät des Pfändungspfandrechts gegenüber dem Vollstreckungsanspruch wird schließlich noch von Emmerich a. a. O. und Schmidt[151]) behauptet. Du Chesnes Ausführungen gehen sogar darauf hinaus, daß das Pfändungsrecht dem Staat zustehe.

Auf die Begründung und Widerlegung dieser Schriftsteller im einzelnen braucht nicht eingegangen zu werden. Sie sind alle längst mit guten Gründen widerlegt. Vor allem ist der Ausgangspunkt dieser Schriftsteller, daß nur die Vorschriften der ZPO. auf das Pfandrecht Anwendung finden dürften, unhaltbar.[152]) Auch ist ihr Hauptgrund, daß der Zweck des Pfändungs- nicht wie bei dem Vertragspfandrecht „Sicherungsdeckung", sondern „Befriedigungsdeckung" sei, durch den Hinweis abgetan, daß der unmittelbare Zweck des Pfändungspfandrechts die Sicherung des Gläubigers und erst der des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens (einchl. Verwertung und Auszahlung des Erlöses) die Befriedigung des Gläubigers ist.[153]) Vom Standpunkt dieser Arbeit spricht jedoch entscheidend gegen die Verfechter eines publizistischen Pfandrechts, daß sie sich nicht durchzusetzen vermochten. Alle außer Baumbach haben ihre Ansicht vor dem Jahre 1913, dem des Wendepunkts in der Auffassung bzgl. der Pfändung, vertreten. Nach der Erkenntnis, daß die öffentlich-rechtliche Wirkung der Pfändung, die Verstrickung, scharf von dem privatrechtlichen Pfändungspfandrecht zu trennen sei, bestand kein Bedürfnis mehr nach einer öffentlich-rechtlichen Konstruktion des Pfandrechts, da durch die Verstrickung die erforderliche Unantastbarkeit der Pfändung als eines Staatsaktes gewährleistet war. Baumbach als moderner Schriftsteller glaubt in dem Pfändungspfandrecht ein rein öffentliches Recht, das mit der Beschlagnahme unlöslich verknüpft sei, sehen zu müssen, weil die Annahme eines privatrechtlichen Pfändungspfandrechts den Gläubiger einer „grenzenlosen Unsicherheit" unterwerfen würde. Die Befürchtung entbehrt jeder Grundlage, dagegen würde es eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Gläubigers sein, wenn z. B. ein Pfandrecht des Gläubigers an Sachen dritter Personen entstehen würde.[154]

Nach allem ist folgendes Ergebnis festzustellen: Der Entwicklungsprozeß hat bei der Pfändung mit der herrschenden Lehre seinen Abschluß gefunden. Die Pfändung ist als „privatrechtsgestaltender Staatsakt" aufzufassen, dessen privatrechtliche Wirkung das Pfändungspfandrecht ist.[155]) Die Versuche, die Vorstellung von der privatrechtlichen Natur des Pfändungsppfandrechts zu beseitigen, läßt sich mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbaren. Das Pfändungspfandrecht ist eingeführt worden, um dem pfändenden Gläubiger den „Vorrang vor anderen Gläubigern, ein Absonderungsrecht im Konkurse und in der Zwischenzeit von der Pfändung bis zur Befriedigung eine Sicherung für seine Forderung" zu verschaffen.[156]) Die ZPO. hat diese Regelung im Gegensatz zu dem vorher im größten Teil Deutschlands geltenden Recht eingeführt. Daß der beabsichtigte Zweck auch anders als durch die Rechtsform des Pfandrechts hätte erreicht werden können, zeigt vor allem die Liegenschaftszwangsversteigerung.

Ob die kommende ZPO. eine neue Regelung treffen wird, wird durch Gründe der Zweckmäßigkeit bestimmt werden. Hier muß noch darauf hin-

151) Lb. S. 934.
152) Schwinge, S. 85 ff., s. auch oben Anm. 132.
153) Schwinge, S. 86; weitere Gründe gegen die Vertreter eines publ. Pfandrechts siehe bei Spohr, S. 8 ff.
154) Schwinge, S. 90.
155) Schwinge, S. 10.
156) Stein-Jonas, § 804, 1, dort auch weitere Quellenangaben; s. auch Fischer-Fischerhof, S. 40 ff.

gewiesen werden, daß auch vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts aus u. E. keine Bedenken gegen ein Rechtsinstitut erhoben werden können, das öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente in sich vereinigt. Auch bei Durcharbeitung des modernen Schrifttums haben wir in dieser Beziehung nichts Gegenteiliges feststellen können.[157])

In der Rechtsprechung des RG. ist ein ähnlicher Wandel der Auffassung wie in der Wissenschaft festzustellen.

In den ersten zivilrechtlichen Entscheidungen ist lediglich davon die Rede, daß der Gläubiger „durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen" erwirbt.[158]) Aus diesem Schweigen über die Pfändung als solche und ihre Natur kann man u. E. mit Recht entnehmen, daß das RG. anfangs die Wirkung der Pfändung mit dem Pfändungspfandrecht für erschöpft hält.[159])

Der Sache nach unterscheidet das RG. aber dann bald, und zwar früher, als dies in der Wissenschaft der Fall war, Verstrickung und Pfändungspfandrecht. Schon im Jahre 1884 stellt es in einer strafrechtlichen Entscheidung [160]) fest, daß eine Bestrafung nach § 137 StGB. nicht davon abhängig ist, daß die gepfändeten Gegenstände Eigentum des Schuldners sind, daß weiterhin die Pfändung Strafschutz genießen kann, wenn ein Pfändungspfandrecht des Gläubigers nicht entstanden ist. Indem an demselben Orte ausdrücklich betont wird, daß der Verstrickungsbruch nicht deshalb mit Strafe bedroht sei, weil durch diesen ein Recht des die Pfändung veranlassenden Gläubigers verletzt werde, sondern weil derselbe „eine Nichtachtung der durch die zuständigen Behörden oder Beamten verfügten Vollstreckungshandlungen oder Sicherheitsmaßregeln" (S. 403—404) enthalte, wird die Verstrickung als öfentlich-rechtliche Wirkung von dem privatrechtlichen Pfändungspfandrecht unterschieden. Dem publizistischen Charakter der Verstrickung entsprechend wird ihr in der strafgerichtlichen Praxis des RG. der Strafschutz aus § 137 StGB nur in den seltensten Fällen versagt, nämlich nur dann, wenn „wesentliche Förmlichkeiten" oder vom Gesetz für „notwendig erklärte Voraussetzungen" nicht beachtet worden sind.[161]) Im übrigen ist die „Rechtmäßigkeit" der Pfändung nicht Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 137 StGB.[162]) Die Fälle der Nichtigkeit der Verstrickung werden dadurch gleich der verwaltungsrechtlicher Verfügungen auf das Mindestmaß beschränkt.[163])

Auch in den Zivilentscheidungen kommt man sehr bald, besonders bei Prüfung der Frage, ob eine Pfändung in fremdes Vermögen wirksam sei, zu einer sachlichen Unterscheidung von Verstrickung und Pfandrecht, wenn auch das Wort Verstrickung niemals erscheint. So wird wiederholt entschieden, daß trotz Nichtentstehens des Pfandrechts die Pfändung „formell zulässig", „äußer-

157) Vgl. auch Huber, Grundbegriffe, S. 162 ff.

158) RGZ. 10, 33 (36/37), 1883; 13, 344: „Durch den Akt der Pfändung erwirbt der betreibende Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§ 709 Abs. 1 ZPO)".

159) Unter dem Banne der zivilrechtlichen Pfändungstheorie steht auch RGZ. 18, 365.

160) RGSt. 9, 403.

161) RGSt. 26, 287; weiterhin RGSt. 9, 403; 19, 287; 25, 108; LZ. 1923, S. 459; siehe auch Schwinge, S. 19.

162) RGSt. 10, 425: „Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme im allgem."; 14, 151; 19, 164 (165).

163) Unerläßliche Voraussetzungen und wesentliche Förmlichkeiten sind nach dem RG. z. B. Zuständigkeit des vollstreckbaren Organs, das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels (RGSt. 9, 403; 26, 287; LZ. 1923, S. 459 Nr. 2) ordnungsmäßige Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher (RGSt. 9, 403) und Ersichtlichmachung (RGSt. 32, 316). Als unwesentliche Voraussetzung wird u. a. angesehen das Eigentum des Schuldners oder eines Dritten an der gepfändeten Sache (RGSt. 9, 403) und Ersichtlichmachung (RGSt. 32, 316). Als unwesentliche Voraussetzung wird u. a. angesehen das Eigentum des Schuldners oder eines Dritten an der gepfändeten Sache (RGSt. 9, 403). Weitere Angaben s. bei Schwinge, S. 19 ff.

lich gültig" bleibe, oder daß die Pfändung nur „formal" bestehe, materiell jedoch „unwirksam" sei.[164])

Zunächst fehlt es an jeder Begründung für die vom RG. getroffene Unterentscheidung.[165]) Schließlich wird auf § 771 verwiesen und mit Recht hervorgehoben, daß die ZPO. weit davon entfernt sei, „die Pfändung von Dritten gehörigen Sachen wegen Nichtentstehens des Pfändungspfandrechts für unzulässig zu erklären, daß sie im Gegenteil den Dritten auf den ausschließlichen Weg der Klage verweist und erst auf diese Klage hin dem Prozeßgericht die Einstellung oder Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln überträgt (§ 771 Abs. 3)".[166])

Eine Erklärung der Unterscheidung in „formelle" und „materielle" Wirkung aus dem Begriff der Pfändung heraus fehlt völlig. Die Erklärung hierfür mag darin zu finden sein, daß in der Wissenschaft die Pfändung bis zum Jahre 1912 ja fast durchweg privatrechtlich aufgefaßt wurde und diese darum nicht in der Lage war, dem RG. das begriffliche Rüstzeug für seine Unterscheidung zu bieten, tatsächlich darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, daß die zur Entscheidung stehenden Fälle das RG. nicht zu einer begrifflichen Stellungnahme zwangen, außerdem aber auch durch Heranziehung des § 771 eine, wenn auch lückenhafte Begründung gegeben werden konnte.

Wenn es auch an einer begrifflichen Festlegung noch fehlte, so muß doch anerkennend hervorgehoben werden, daß das RG. die Pfändung, wenn auch gefühlsmäßig, so doch richtig als ein Institut erkannte, das eine Doppelwirkung entfaltet, eine „formale", „äußerliche" (die Verstrickung), bei deren Vorhandensein die Pfändung „formell zulässig" ist, und eine materielle, das Pfändungspfandrecht, bei deren Nichtvorhandensein die Pfändung trotz formeller Gültigkeit zivilrechtlich „unwirksam" ist.

Mit Bestimmtheit kann angenommen werden, daß das RG. die „formale" Wirkung der Pfändung als eine öffentlich-rechtliche aufgefaßt wissen will. Dies ergibt sich bereits aus der Wortwahl,[167]) außerdem aus dem Hinweis auf § 771, den das RG. ausdrücklich als eine „öffentlich-rechtliche Norm" auffaßt.[168]) Darüber hinaus schließlich auch aus der feststehenden strafrechtlichen Rechtsprechung, nach der die Verstrickungswirkung nur dann fortfällt, wenn „wesentliche" oder „unerläßliche" Voraussetzungen der Pfändung nicht erfüllt sind.

Klarer und im wesentlichen bis ins einzelne hinein duchgeführt ist die Stellung des RG. zum Pfändungspfandrecht. Das RG. geht von der für es nach § 804 selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß es sich bei dem Pfandrecht um eine privatrechtliche Wirkung handelt. Später äußert es sich genauer und sieht in dem Pfändungspfandrecht eine dritte Art des bürgerlich-rechtlichen Pfandrechts neben dem gesetzlichen und dem Vertragspfandrecht.[169]) Grund-

[164]) RG. in Gruch. Beitr. 44, 182 (187): „Bei der Feststellung . . . ist die Annahme . . . zutreffend, daß die . . . erfolgte Pfändung, wenn auch formell zulässig, rechtsunwirksam war und blieb"; RGZ. 40, 288 (290); 43, 178 (180); 60, 70 (73): „daß es sich nicht um eine vom Gesetz für unzulässig erklärte Pfändung handelt, die eine Wirkung zu äußern überhaupt nicht imstande ist"; 79, 241 (243/245); RG. in LZ. 1919, S. 384: „Die Pfändung einer dem Gläubiger selbst gehörenden, in dem Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache ist . . . formell zulässig materiell entsteht allerdings . . . kein Pfändungspfandrecht".

[165]) Vgl. RGZ. 40, 290; 43, 180.

[166]) RGZ. 79, 243; auch 40, 290 weist darauf hin, daß der „nur formal" bestehenden Pfändung bis zur Versteigerung gemäß § 690 a. F. (§ 771) mit Erfolg widersprochen werden konnte; doch wird hier § 690 noch nicht zur Rechtfertigung der Unterscheidung ausdrücklich herangezogen.

[167]) Formell, prozessual wird oft für öff.-r. gesetzt.

[168]) RGZ. 79, 243.

[169]) RGZ. 97, 54 (40), 1919.

legend ist die Entscheidung vom 17. 10. 1888 (RGZ. 22, 265): „Es steht fest, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande erwirbt (§ 709 ZPO.). Dieses Pfandrecht unterliegt in betreff seiner Vortussetzungen und Wirkungen den allgemeinen Vorschriften über Pfandrechte" (S. 270). Der Auffassung dieses Urteils schließen sich die späteren Entscheidungen meistens ohne Begründung und unter Berufung auf jenes Urteil an.[170]) Sehr bald schränkt jedoch das RG. die unterscheidungslose Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften dahin ein, daß diese nur insoweit anzuwenden sind, als nicht die prozessuale Regelung des Pfändungsrechts entgegensteht.[171]) Eine notwendige materielle Voraussetzung für die Entstehung eines Pfandrechts ist nach ständiger Rechtsprechung des RG insbesondere das Eigentum des Schuldners,[172]) bzw. das Nichteigentum des Gläubigers.[173]) Auch kann der Mangel des schuldnerischen Eigentums bei dem Pfändungsakt nicht durch die Einwilligung des Eigentümers ersetzt werden (§ 185 Abs. 1 BGB).[174]) Dagegen scheint auch das RG ein nachträgliches Wirksamwerden des Pfandrechts durch Genehmigung des Dritten zu bejahen, also die Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB für zulässig zu erachten.[175])

Während das RG die beiden Wirkungen der Pfändung schon lange erkannt, zu dem Pfändungspfandrecht sogar ausführlich Stellung genommen hat, fehlt es noch an einer begrifflichen Festlegung der Pfändung selbst. Den ersten Versuch, das Wesen der Pfändung zu erfassen, unternimmt RGZ 97, 34 ff (1919): „Das Pfändungspfandrecht ... entsteht ... durch die Pfändung, also durch eine auf die Entstehung von Rechten gerichtete Handlung, ein Rechtsgeschäft, das aber auf prozessualem Gebiete liegt. Über die Wirkungen dieses prozessualen Rechtsgeschäfts bestimmt in erster Linie die Zivilprozeßordnung" (S. 40). Wenn die Formulierung auch noch nicht die denkbar glücklichste ist, so wird durch sie doch unzweideutig ausgesprochen („prozessuales Rechtsgeschäft"), daß es sich bei der Pfändung um ein öffentlich-rechtliches Institut handelt. Darüber hinaus hat die angeführte Entscheidung die Bedeutung, daß sie die Frage nach dem Wesen der Pfändung endlich zur Erörterung stellt. Bald gibt das RG auch die richtige Antwort auf die gestellte Frage. Wenn es auch die Pfändung nicht ausdrücklich als eine Unterart der Beschlagnahme bezeichnet, so ergibt sich doch eine solche Auffassung aus der Angabe ihres Zweckes in einer Entscheidung aus dem Jahre 1927, RGZ 118, 276 ff. Danach sieht das RG den Zweck der Pfändung darin, mittels eines Zwangseingriffs die gepfändeten Gegenstände aus dem Schuldnervermögen abzusondern, die private Verfügungsmacht zu verdrängen und die staatliche Herrschaft über sie zu begründen.[176]) Daß ein so festgelegter Zweck auch gerade nach der Meinung des RG der einer Beschlagnahme ist, ergibt sich aus der folgenden in RGZ 100, 219 (221) angeführten Definition der Beschlagnahme: „Beschlagnahme bedeutet nach allen in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen nichts anderes, als ein durch

[170]) So RGZ. 26, 101 (104); 40, 290: „Eine wirksame Pfändung setzt voraus, daß die gepfändeten Sachen zur Zeit der Pfändung zum Vermögen des Schuldners gehörten"; 64, 196. 79, 243 und die in der folgenden Anmerkung genannten Entscheidungen.

[171]) RGZ. 61, 328 (333): „Das Pfändungspfandrecht steht, soweit sich nicht aus der Zivilprozeßordnung etwas anderes ergibt, unter den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches"; 60, 70 (72); 61, 328 (333); 87, 415/16; 97, 40; 104, 301/02; 105, 409; 108, 320; 114, 386.

[172]) RGZ. 22, 270; 26, 101 (104); 40, 290; 64, 196.

[173]) RGZ. 60, 72; 79, 243: „Allerdings würde die Klägerin aus dem Inventau, weil und solange es in ihrem Eigentum stand, ein Pfändungspfandrecht nicht erworben haben"; LZ. 1919, S. 384, Nr. 19.

[174]) EGZ. 60, 72: „Was die weitere Begründung des Berufungsurteils betrifft, so kann die Annahme nicht gebilligt werden, daß der § 185 BGB auch auf den Erwerb eines Pfändungspfandrechts Anwendung finde. Nur rechtsgeschäftliche Verfügungen stehen bezüglich der an jenem Orte gegebenen Vorschriften in Frage".

behördlichen Zwang erfolgendes Ingewahrsamnehmen von Gegenständen behufs Sicherstellung."

So erscheint auch nach der Rechtsprechung des RG. die Pfändung ebenso wie nach der herrschenden Lehre im Schrifttum als eine Beschlagnahme, deren öffentlich-rechtliche Wirkung die Verstrickung und deren privatrechtliche das Pfändungspfandrecht ist. Dieser Standpunkt ist bis zum heutigen Tage vom RG nicht verlassen worden. Auch das mag für unsere Meinung sprechen, daß mit diesem Ergebnis der öffentlich-rechtliche Umbildungsprozeß der Pfändung als abgeschlossen anzusehen ist, da eine publizistische Auffassung vom Pfändungspfandrecht mit dem Gesetz nicht vereinbart werden kann.

§ 5.

Der Auffassungswandel in bezug auf die Rechtsnatur der Pfandverwertung, insbesondere in bezug auf das Wesen der öffentlichen Versteigerung.

Die Verwertung, d. h. der Akt, durch den der gepfändete Gegenstand in Geld umgesetzt [177]) oder unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers verwendet wird, geschieht in mannigfachen Formen, deren Inhalt durchaus verschieden ist.

Die wichtigsten Arten der Forderungsverwertung sind die Überweisung zur Einziehung (§§ 835, 839, 849, 857) und an Zahlungs Statt (§ 835). Die Verwertung beweglicher Sachen geschieht vorwiegend durch öffentliche Versteigerung (§§ 814 ff), in einigen wenigen Fällen auch durch freihändigen Verkauf (§ 821).

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert besonders die Verwertung durch öffentliche Versteigerung, einmal, weil es die praktisch durchaus wichtigste Form der Verwertung beweglicher Sachen ist,[178]) zum anderen aber besonders deshalb, weil sie im Gegensatz zu den anderen Verwertungsformen von jeher im Brennpunkt des wissenschaftlichen Interesses gestanden hat und der Entwicklungsvorgang von einer privaten zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung an ihr besonders klar zu erkennen ist. Die anderen oben genannten Verwertungsformen werden im Anschluß an die öffentliche Versteigerung kurz behandelt werden. Kennt man die Stellungnahme einer Zeit zu den in der Arbeit behandelten Verwertungsformen, dann kann man ohne Schwierigkeit auch auf ihre Auffassung über die Verwertungsformen schließen, die erst nach ausdrücklicher gerichtlicher Anordnung gemäß §§ 825, 844 durchgeführt werden können [179]); denn diese stellen mit ihren geringen Abweichungen nur Spielarten der

---

[175]) Anders können die Ausführungen in RGZ. 60, 73 nicht ausgelegt werden; Näheres siehe bei Schwinge. S. 93. Dagegen haben wir Entscheidungen, die ausdrücklich als Voraussetzung des Pfandrechts das Vorhandensein des materiellen Anspruchs fordern oder den gutgläubigen Erwerb durch den Gläubiger ausschließen, nicht finden können. Jedoch sind uns auch keine gegenteiligen Urteile bekannt geworden, so daß anzunehmen ist, daß das RG. im Anwendungsfall den Standpunkt der Wissenschaft vertritt.

[176]) Anders ist u. a. die Fassung auf S. 279 nicht zu verstehen: „Vielmehr erfordert es der Gesetzeszweck, daß die Inbesitznahme der zu pfändenden Sachen durch den Gerichtsvollzieher erst dann als wirksam erfolgt gilt, wenn dieser sich die tatsächliche Gewalt über die Sachen in einer Weise verschafft, die nicht bloß ihm die Einwirkung auf die Gegenstände ermöglicht, sondern auch den Schuldner nach Möglichkeit von Besitzhandlungen ausschließt"; vgl. dazu auch Schwinge, S. 9.

[177]) Nur bei gepfändetem Geld wird der Gläubiger unmittelbar durch Ablieferung desselben befriedigt, § 815, Abs. 1.

[178]) Vgl. §§ 814, 816, Ausnahmen: §§ 820, S. 2, 821—823.

[179]) Vgl. dazu die Kommentare zu § 825, 844 und Burtscheid, die besonderen Verwendungsarten.

öffentlichen Versteigerung, des freihändigen Verkaufs oder der Überweisung einer Forderung dar. Von diesen nur auf ausdrückliche Anordnung zulässigen Verwertungsarten soll darum nur die Übereignung einer gepfändeten Sache auf den Gläubiger durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts (§ 825) behandelt werden.

I. Die Versteigerung, d. h. diejenige Verwertungsart, bei der die Umsetzung der gepfändeten Sache in Geld im Wege der öffentlichen Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher geschieht, ist zunächst als ein privatrechtlicher Verkauf aufgefaßt worden.[180])

In dem Ausgebot sah man die Aufforderung zur Abgabe von Offerten. Die einzelnen Gebote wurden als Kaufangebote, der Zuschlag als Annahme der Kaufofferte gewertet.[181]) Käufer ist nach einhelliger Ansicht der Ersteher, als Verkäufer wird von einigen der Schuldner,[182]) von der überwiegenden Mehrzahl jedoch der Gläubiger angesehen. Nach der Lehre von der Gläubigervertretung, auf die hier allein einzugehen ist, wird der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher vertreten. Dieser handelt bei der Versteigerung nicht als Beamter auf Grund eigenen Rechts, sondern kraft Auftrags und auf Grund des Pfändungspfandrechts des Gläubigers.[183]) Die öffentliche Versteigerung ist nach dieser Lehre dem Pfandverkauf des bürgerlichen Rechts gleichartig. Deshalb wendet man die Vorschriften des BGB unmittelbar oder doch entsprechend an.[184]) Der Eigentumserwerb an der gepfändeten Sache und die Zahlung des „Kaufpreises" vollzieht sich nach dieser Auffassung in der Form des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts durch Einigung und Übergabe (§ 929 BGB).[185]) Selbstverständlich handelt auch hier, da es sich ja nur um die Erfüllung des obligatorischen Grundgeschäftes handelt, der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers.

Für den Fall, daß die versteigerte Sache dem Schuldner nicht gehört, läßt man den gutgläubigen Ersteher nach § 1244 BGB, der die entsprechende Anwendung der §§ 932, 934, 936 BGB auf den bürgerlich-rechtlichen Pfandverkauf vorschreibt, Eigentum erwerben. Der Ersteher muß also nach der privatrechtlichen Lehre glauben, die Veräußerung finde auf Grund eines gültigen Pfändungspfandrechts statt.[186])

Wenn auch die Meinungen über die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen im einzelnen auseinandergehen,[187]) so ist man doch allgemein der Ansicht, daß nur der gutgläubige Erwerber Eigentümer wird. Auf die Unterschiede braucht hier nicht eingegangen zu werden, da nach allen Ansichten der dingliche Vorgang, durch den der Ersteher in der Versteigerung Eigentum

180) So schon vom Standpunkt des früheren Rechts Riehl, ZZP. 17, S. 33 ff., bes. S. 40/41 (1892); ebenso Seuffert (1911) § 814, 2 und die früheren Auflagen; Struckmann-Koch (1910), zu § 817, für die früheren Auflagen vgl. die Anm. zu §§ 716, 721 a. F.; v. Bülow (1882) § 718, 1; Förster, § 716, 2 (sehr ausführlich); Petersen-Anger (1906), § 817, 1; Reincke (1910), § 817; Seuffert-Walsmann, § 817, 1, u. a.

181) Riehl, ZZP. 17, 41.

182) Planck, Lehrb. Bd. 2, S. 743; vgl. auch Behrends, S. 22, mit weiterem Schrifttum in Anm. 30.

183) Seuffert (1911), 814, 2; Smoira, S. 78; Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 447, mit weiterer Literatur.

184) So besonders Hirsch, S. 245 ff.; Petersen (1906), § 814, 1; ausführlich Smoira, S. 52 ff., 62 ff., bes. 64/65.

185) Vgl. statt aller Falkmann-Mugdan, S. 718.

186) Hirsch, S. 245 ff.; Reichmayr, 85; Smoira, S. 52 ff.; weitere sehr ausführliche Angaben des Schrifttums, das für Anwendung des § 1244 BGB ist, s. bei Littschwager, Eigentumserwerb des Erstehers bei der Versteigerung an einer gepfändeten, aber dem Schuldner nicht gehörigen Sache, Diss. Freiburg 1933, S. 27, Anm. 2.

187) Smoira, S. 52 ff.

erwirbt, ein zivilrechtliches Erfüllungsgeschäft darstellt, an der privatrechtlichen Grundanschauung also nichts geändert wird.

Zur Begründung der privatrechtlichen Lehre beruft man sich u. a. auf §§ 456, 512 BGB, die von einem „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung" sprechen. Darüber hinaus stützt man sich auf § 817 Abs. 1, der die Anwendung des § 156 BGB vorschreibt, in welchem bestimmt wird, daß bei der Versteigerung „der Vertrag" durch den Zuschlag zustande kommt.[188]) Vor allem jedoch weist man darauf hin, daß durch die Pfändung nach § 804 ein Pfandrecht entsteht, die Versteigerung die Durchführung desselben, damit also ein Pfandverkauf i. S. des BGB sei. Schließlich ist für alle Vertreter der Vertragstheorie mehr oder weniger die wirtschaftliche Ähnlichkeit der Versteigerung mit dem Kauf ausschlaggebend.

Eine dogmatische Widerlegung dieser Gründe im einzelnen verbietet sich in dieser Arbeit von selbst.[189]) Hier muß nur gesagt werden, daß die Bezeichnung, die das Gesetz einem Institut gibt, nur mit Vorbehalt für die Erkenntnis seines Wesens verwertet werden kann. Oft ist bei der Schaffung eines Gesetzes das Wesen eines Rechtsverhältnisses rechtlich noch durchaus nicht geklärt; so kann sehr leicht von dem Gesetzgeber eine Bezeichnung gewählt werden, die der Natur eines rechtlichen Vorgangs keineswegs entspricht. Die Enteignung z. B. wird heute als rein öffentlich-rechtlicher Akt aufgefaßt, während man nach dem Wortlaut mancher Gesetze in ihr einen Zwangsverkauf sehen müßte. Folgendes ist darum grundsätzlich zu beachten: Wenn die einzelnen Vorgänge des Zwangsversteigerungsverfahrens sich natürlicher und damit befriedigender durch das öffentliche Recht erklären lassen, dann ist trotz des entgegenstehenden Wortlauts das öffentliche Recht anzuwenden.[190]) Auch ist es falsch, die wirtschaftliche Ähnlichkeit der Zwangsversteigerung mit dem Kauf zur Begründung ihrer privatrechtlichen Natur zu verwerten. Aus der Wirkung eines Rechtsverhältnisses kann nicht sein Wesen erklärt werden. Dieser Fehler ist zu allen Zeiten immer wieder gemacht worden und ist der Ursprung falscher Erkenntnisse geworden. Aus dem Erfolg der Zwangsvollstreckung, der Befriedigung des Gläubigers, schloß man, daß Träger der Zwangsgewalt der Gläubiger wäre. Und doch steht für uns heute zweifelsfrei fest, daß allein der Staat der Inhaber der Zwangsgewalt ist. Auch hier ist wiederum die Enteignung, die wirtschaftliche Ähnlichkeit mit dem Kauf aufweist, zu nennen. Der Enteigner muß die Entschädigungssumme zahlen, der Enteignete ist zur Übertragung seines Eigentums verpflichtet. Trotz alledem ist die Enteignung ein öffentlich-rechtlicher Vorgang. Die Versteigerung und der privatrechtliche Kaufvertrag haben lediglich die gegenseitige Berechtigung und Verpflichtung der beiden Parteienen gemein. Zum Wesen des Vertrages gehört eine solche Gegenseitigkeit. Doch darf man bei Vorliegen wechselseitiger Verpflichtungen nicht auf das Vorhandensein eines Vertrages schließen. Auch ist diese privatrechtliche Lehre von der Verwertung, dem zweiten Akt der *Zwangsvollstreckung*, mit der Erkenntnis, daß Träger der Vollstreckungsgewalt allein der Staat ist, unvereinbar. Aus dem § 4 dieser Arbeit ergibt sich schließlich, daß die Verwertung der gepfändeten Sache nicht auf dem Pfandrecht, sondern auf der Verstrickung beruht.

In diesem Punkte setzen darum auch die ersten Angriffe gegen die privatrechtliche Lehre ein. In einer Zeit, in der man den Gläubiger noch als Träger

[188]) Vgl. Behrends, S. 16 ff. mit Schrifttum.

[189]) Siehe diese bei Behrends, S. 16 ff., der auch noch auf andere als hier angegebene Gründe der privatrechtlichen Lehre eingeht und diese zutreffend widerlegt.

[190]) Vgl. O. Mayer, Bd. 1, S. 117; Kormann, System, S. 35/36.

der Vollstreckungsgewalt ansah (1888), vertritt Hassenpflug eine öffentlich-rechtliche Auffassung. Er weist darauf hin, daß die Pfändung einen Akt der Obrigkeit darstelle und das sich daran anschließende Verwertungsverfahren nicht auf dem Pfandrecht beruhe. Das Eigentum an den Pfandstücken wird nach Hassenpflug unmittelbar „durch die staatliche Gewalt", nicht mittelbar „durch Ausübung eines Pfandrechts" übertragen.[191]) Weiterhin sind hier Planck, Hein und Freund zu nennen. Auch diese haben den Versuch unternommen, das der Pfändung folgende zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahren ohne das Pfandrecht zu konstruieren. Nach Planck handelt das Vollstreckungsorgan bei der Verwertung auf Grund der „durch die Pfändugn entzogenen Verfügungsmacht".[192]) Nach Hein „bedeutet die Zwangsverwertung einfach den vollstreckungsmäßigen Abschluß des mit der Pfändung begonnenen Zwangszugriffs".[193]) Freund, der zum Vergleich auch auf die Enteignung hinweist, hält eine Gleichstellung der Verwertungshandlungen des Gerichtsvollziehers mit Verfügungen des Gläubigers für ausgeschlossen, weil jener „kraft gesetzlicher Befugnis" veräußere und „nicht als Vertreter" des Gläubigers.[194])

Mit dem Gedanken, daß die Verwertung schlechthin eine Fortsetzung des durch die Pfändung begonnenenen Zwangseingriffs darstelle, wird bereits auf das Moment der Über- und Unterordnung hingewiesen und damit der öffentlich-rechtliche Charakter der Verwertung betont. Nur ziehen diese Schriftsteller aus ihrer grundlegenden Erkenntnis keine weiteren Schlüsse in bezug auf die einzelnen Verwertungsarten, insbesondere auch nicht in bezug auf die Versteigerung.

Auch hier ist es Stein, der die Gedanken seiner Vorgänger aufgreift und folgerichtig auf die Versteigerung durchführt.[195]) So entwickelt sich auch hier, stark gefördert durch die publizistische Auffassung von der Pfändung, nach und nach eine öffentlich-rechtliche Lehre. Wenn auch die Auffassungen der Vertreter der publizistischen Lehre in Einzelheiten auseinander gehen, insbesondere verschiedene Bezeichnungen zur Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Versteigeruung verwandt werden, so kann doch folgende Grundanschauung im modernen Schrifttum festgestellt werden:

Indem man davon ausgeht, daß die Versteigerung auf der staatlichen Verstrickung beruht, sieht man in ihr einen „publizistischen Vollstreckungsakt", einen „Staatshoheitsakt", den der Gerichtsvollzieher als Beamter im eigenen Namen kraft öffentlich-rechtlicher Gewalt vornimmt.[196]) Demgemäß lehnt man eine unmittelbare oder auch entsprechende Anwendung der Bestimmungen über den Pfandverkauf wie über den Eigentumserwerb scharf ab.[197]) Trotz der Annahme eines publizistischen Vollstreckungsaktes glaubt man, auf die Unterscheidung in ein obligatorisches Kausalgeschäft und einen dinglichen

191) Gruchots Beiträge, 32, S. 92 ff., besonders 93.

192) Lehrb., Bd. 2, S. 721.

193) Duldung der Zwangsvollstreckung, S. 142.

194) Eingriff in fremde Rechte, S. 33 ff.; vgl. außerdem Weismann, Lb. 2, S. 136 ff., der in der Versteigerung einen „Zwangsverkauf" sieht, den der Gerichtsvollzieher als „Vollstreckungsorgan des Staates" durchführt; Kohler, Grünh. Z. 33, 571 ff., sieht in der „Verwertung . . . durch öffentliche Versteigerung eine prozessuale, keine zivlrechtliche Tätigkeit" (571).

195) Grundfragen, S. 62 ff.

196) Reichmayr, S. 77 ff.; Stein, Grundfragen, S. 61 ff Kom., § 814, I (1913); W. Hein, Identität, S. 250, Fußnote 67; Hellwig-Oertmann, System, Tl. 2, S. 323; Schwinge, S. 105 ff., bes. 108; Seuff.-Walsm. § 814 2; Förster-Kann § 814, 1, 2, 5; Fischer, Lehrb. d. d. Zivilpr.- u. Konkursrechts, S. 376; Sydow-Busch, § 814, 1, § 817, 1; Stein-Jonas, § 814, I. Vgl. dazu auch Lent, Z. Akad. D. R. 1937, S. 329 ff. u. Anm. 123.

197) Ausdrücklich die meisten Anm. 196 genannten, dagegen läßt Sydow-Busch im Widerspruch zu seiner Grundauffassung den gutgläubigen Eigentumserwerb zu.

Rechtsakt nicht verzichten zu können [198]) und spricht demzufolge von der Versteigerung als einem „Veräußerungsgeschäft des öffentlichen Rechts."[199])

Soweit man diese Unterscheidung vertritt, faßt man das Kausalgeschäft als einen öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag auf,[200]) durch den der Gerichtsvollzieher zur Übertragrung des Eigentums durch staatliche Verfügung verpflichtet wird, während der Gläubiger die Zahlung des Versteigerungserlöses übernimmt. Auch glaubt man vereinzelt, die bürgerlich-rechtlichen Kaufbestimmungen insoweit anwenden zu müssen, als die Zivilprozeßordnung nichts über den obligatorischen Vertrag verfügt hat.[201])

In einem gewissen Widerspruch zu der Annahme eines „Veräußerungsgeschäfts" sieht man in der Übergabe der versteigerten Sache auf den Ersteher — nach, soweit wir sehen, einhelliger Ansicht — einen öffentlich-rechtlichen Vorgang, durch den der Gerichtsvollzieher kraft hoheitlicher Gewalt als Beamter das Eigentum überträgt. Allerdings ist dabei zu beachten, daß die Vertreter einer Unterscheidung in eine obligatorische und eine dingliche Seite diesen staatlichen Hoheitsakt zu dem öffentlichen Kaufvertrag in dem Abhängigkeitsverhältnis eines dinglichen „Erfüllungsgeschäfts" zu dem „obligatorischen Grundgeschäft" stehend sehen müssen.

Den guten Glauben des Erstehers will man für den Eigentumserwerb nur insofern maßgebend sein lassen, als die Versteigerung auf Grund einer unwirksamen Pfändung, also einer solchen, durch die auch keine Verstrickungswirkung erzeugt worden ist, vorgenommen worden ist. Unter Anwendung des § 366 HGB kommt man zu der Auffassung, daß der Ersteher dann Eigentum erwirbt, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, daß der Gerichtsvollzieher über die Sache an Stelle des Eigentümers frei verfügen durfte.[202])

Wenn man die oben dargestellte Lehre heute auch als die herrschende bezeichnen muß, so kann u. E. doch nicht angenommen werden, daß mit ihr der Umbildungsprozeß der öffentlichen Versteigerung sein Ende gefunden hat. Die Annahme eines „Veräußerungsgeschäftes" befriedigt nicht, da dadurch privatrechtlichen Gedankengängen Raum gegeben wird, die mit dem Wesen eines Staatsaktes im Widerspruch stehen. Auch schließen sich Schwinge und Hein der Unterscheidung in eine obligatorische und dingliche Seite der Versteigerung offenbar nicht an.[203]) Leider fehlt es jedoch bei ihnen an einer ausdrücklich ablehnenden Stellungnahme. Dagegen haben bereits andere Schriftsteller, auf die später einzugehen sein wird, unter Ablehnung der herrschenden Ansicht eine reinere publizistische Auffassung von der Versteigerung vertreten.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß eine alle Zweifel ausschließende Widerlegung der herrschenden Lehre wegen der nur in Umrissen erfolgten Regelung der öffentlichen Versteigerung in der ZPO nicht erfolgen kann, so sprechen doch tatsächlich gegen die Annahme eines „öffentlich-rechtlichen Vertrages" grundsätzliche Bedenken.

Soweit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag von der Verwaltungsrechtswissenschaft überhaupt anerkannt ist,[204]) behandelt er nur die Regelung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse, wie Verträge zwischen verschiedenen Verwaltungs-

198) So außer Schwinge, Hein und Reichmayr a. a. O. die Anm. 196 genannten.
199) Förster-Kann, § 814, 2; Hellwig-Oertmann, a. a. O.
200) Vgl. statt aller Seuffert-Walsm. a. a. O.
201) Stein, Grundfragen. S. 67 ff.; Fischer, a. a. O., S. 376; dagegen sprechen Seuff.-Walsm. u. Oertm., a. a. O., nicht von der Anwendung des bürgerlichen Rechts.
202) Stein, Grundfragen, S. 76; Schwinge, S. 109; A. Baumbach, § 817, Erl. 2 B.
203) Vgl. oben Anm. 196, 198.
204) Literatur für und gegen öff.-rechtl. Vertrag s. bei Herrnritt, S. 442.

trägern (Eingemeindungsverträge, Verträge und Verlagerung der Wegebaulast).[205])

Vor allem jedoch setzt ein Vertrag begrifflich Gleichheit der Beteiligten voraus.[206]) Der Abschluß eines Vertrages bedeutet, daß der Rechtserfolg des rechtlichen Vorganges von den gleichwertig zusammenwirkenden Willenerklärungen beider Parteien getragen wird.

Eine grundsätzliche Gleichheit beider Rechtssubjekte ist aber bei der Versteigerung nicht gegeben. Der Gerichtsvollzieher handelt als Beamter, seine Verwertungshandlungen stellen sich als Durchführung der durch obrigkeitliche Gewalt erlangten Beschlagnahme (Verstrickung) dar. Damit stellt sich jede einzelne Verwertungshandlung selbst als eine obrigkeitliche Handlung dar und schließt eine Gleichordnung des Erstehers mit dem Gerichtsvollzieher aus. Die Unterordnung des Bieters zeigt sich, wenn auch nicht mit der wünschenswerten Klarheit, in Bestimmungen der ZPO. So erfolgt nach § 817 Abs. 2 die Ablieferung der zugeschlagenen Sachen nur gegen bare Zahlung.

Erfolgt keine Barzahlung, so wird die Sache anderweitig versteigert, der Meistbietende wird von weiteren Geboten ausgeschlossen und haftet für einen möglichen Ausfall, § 817 Abs. 3.[207])

Der Kaufvertrag ist eine rein privatrechtliche Rechtseinrichtung. Zwar kann der Staat auch privatrechtliche Verträge abschließen; aber nur dann, wenn er sich bewußt seines hoheitlichen Charakters entkleidet und gewissermaßen als Privatmann auftreten will.[208]) Das kann nur gegeben sein, wenn der Staat sich in vermögensrechtliche Lebensverhältnisse begibt, wie sie auch für jeden Volksgenossen vorkommen. Da der Staat jedoch bei der Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher kraft hoheitlicher Gewalt und auch in seinem eigenen öffentlichen Interesse — nämlich zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Durchführung des Rechtsschutzes — handelt, entfällt auch die Annahme eines Vertrages.

Unter Hervorhebung ähnlicher Gründe hat man im Schrifttum bereits vereinzelt die herrschende Lehre abgelehnt. Dadurch, daß man sich der Mühe unterzogen hat, die einzelnen Vorgänge des Versteigerungsverfahrens — das Ausgebot (1), das Gebot (2) und den Zuschlag (3) — einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, ist man zu einer reineren öffentlich-rechtlichen Auffassung von der Versteigerung gekommen.

1. Das Ausgebot wird — nach der auch hier vertretenen Ansicht — als eine Prozeßhandlung aufgefaßt, „die der Gerichtsvollzieher vornimmt, um dem Vollstreckungsverfahren weiteren Fortgang zu verschaffen". Durch sie wird die Bereitwilligkeit des Gerichtsvollziehers zum Ausdruck gebracht, Gebote entgegenzunehmen. In Anlehnung an die Systematik Hellwigs reiht man das Ausgebot in die Gruppe der prozessualen „Willenserklärungen auffordernder Art" ein.[209])

Zur Begründung wird mit Recht auf die strenge Gebundenheit des Gerichtsvollziehers hingewiesen (§§ 816 Abs. 1—3, 817 Abs. 1).

---

205) So außer Herrnritt, S. 446 ff., Kormann, System, S. 33 ff., der allerdings S. 41 eine Einschränkung zu machen scheint; nicht grundsätzlich ablehnend Köttgen, S. 209, der jedoch zugibt, daß „verwaltungsrechtliche Verträge zwischen einer Behörde und einem Privatmann . . . in der Praxis eine verschwindende Rolle spielen" und daß dies nur dann bedeutet, „daß . . . eine privatrechtliche Regelung Platz greifen soll".

206) Auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag fordert „volle Handlungsfreiheit" der Beteiligten, Herrnritt, S. 447.

207) So bereits betont von Fr. Kaufmann, S. 38 ff.

208) Mayer, Bd. 1, S. 115—16; Behrends, S. 56; dazu auch Köttgen, S. 38 ff.

209) Behrends, S. 58; im Ergebnis ebenso Kaufmann, F., S. 36/37; vgl. auch Hellwig, Syst., Tl. 1, S. 485 ff., § 159.

2. Hinsichtlich des Gebots sind jedoch auch die Schriftsteller, die sich von der herrschenden Lehre losgesagt haben, noch zu keinem einheitlichen Ergebnis gekommen.

a) Nach der einen Ansicht ist das Gebot eine privatrechtliche Willenerklärung, durch die für den Bieter die privatrechtliche Pflicht, den gebotenen Betrag zu bezahlen, für den Fall begründet wird, daß er den Zuschlag erhält. Gleichzeitig mißt man dem Gebot jedoch insofern eine prozessuale Bedeutung bei, als man in ihm die notwendige Voraussetzung für die Erteilung des Zuschlages sieht. Zu der Annahme dieser „prozessualen Nebenwirkung" des Gebots kommt man durch die richtige Erkenntnis, daß der Zuschlag nur denkbar ist nach einem vorausgegangenen Gebot, dieses insofern die Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Zuschlags bildet. Da dieser prozessuale Zusammenhang des Gebots mit dem Zuschlag jedoch nur als ein „äußerlicher", kein „rechtlicher" sei, glaubt man trotzdem dazu berechtigt zu sein, in dem Gebot begrifflich eine privatrechtliche Willenserklärung zu sehen.[210])

b) Eine andere Auffassung betont die prozessuale Bedeutung des Gebots und faßt es darum als eine Prozeßhandlung auf, die auf die „Durchführung des Vollstreckungsprozesses" gerichtet ist. Daneben jedoch soll das Gebot eine „einseitig berechtigende und verpflichtende Willenserklärung" sein: der Bieter sei nämlich durch das Gebot einerseits bereits zur Zahlung des gebotenen Betrags verpflichtet, andererseits berechtigt, die Übereignung des Versteigerungsobjektes zu verlangen. Da eine solche einseitig berechtigende und verpflichtende Erklärung dem Privatrecht fremd sei, soll dies gerade für die prozessuale Natur des Gebots sprechen.[211])

c) Eine dritte Ansicht, die allerdings, soweit ersichtlich, bisher nur für das Gebot der Liegenschaftszwangsversteigerung vertreten worden ist, sieht in dem Gebot ebenfalls eine Projeßhandlung, der jedoch insofern eine privatrechtliche Nebenwirkung beigemessen wird, als sich der Bieter hiernach zur Zahlung der gebotenen Summe für den Fall der Zuschlagserteilung privatrechtlich verpflichtet.[212]

d) Schließlich ist noch folgende Lehre — zwar ebenfalls nur für die Grundstückszwangsversteigerung — vertreten worden: Das Gebot entfalte keine privatrechtliche Wirkung, sondern sei nur die „formale Voraussetzung des Zuschlagebeschlusses", es sei darum eine prozeßrechtliche Willenserklärung, „eine reine Prozeßhandlung".[213])

Zuzustimmen ist der unter c) geschilderten Ansicht, die auch für das Gebot der Mobilarzwangsversteigerung Geltung beanspruchen darf. Diese dürfte der unter a) ausgeführten Lehre am nächsten kommen. Beide Theorien stellen dieselben Wirkungen des Gebots fest, würdigen sie in ihrer Bedeutung jedoch verschieden. Die Vertreter der Lehre unter a) berufen sich zur Begründung darauf, daß der Bieter nicht zu den am Verfahren beteiligten Personen gehöre, er sei zufällig bei der Versteigerung zugegen und könne darum als Außenstehender auch keine „Prozeßhandlung" vornehmen. Weiterhin soll der nur „äußerliche" Zusammenhand des Gebots mit dem Zuschlag daraus hervorgehen,

[210]) Behrends, S. 59 ff., mit weiterem Schrifttum Anm. 69; die dort angeführten Schriftsteller vertreten eine privatrechtliche Auffassung des Gebots jedoch in erster Linie für die Liegenschaftszwangsversteigerung; s. außerdem Blomeyer, S. 100—101, der die prozessuale Bedeutung des Gebots überhaupt nicht erwähnt.

[211]) Kaufmann, F. a. a. O., S. 37 ff., bes. S. 42.

[212]) So Zapfe, S. 40—41.

[213]) Lindemann, S. 47; vgl. dazu auch Lent, Z. Akad. D. R. 1937, S. 330 ff. und oben Anm. 123.

daß ein Gebot erlischt, wenn ein Überangebot abgegeben wird, und daß nicht jedem Gebot der Zuschlag erteilt zu werden braucht.

Diese Gründe können nicht überzeugen. Bei dem Bieter handelt es sich ebenfalls wie bei dem Gläubiger und Schuldner um einen Beteiligten; denn auch er ist, wie bereits oben S. 33 nachgewiesen, dem Vollstreckungsorgan untergeordnet. Daß jedoch das Gebot eine notwendige prozessuale Voraussetzung für den Zuschlag ist, kann u. E. nicht bestritten werden. Wenn kein Gebot abgegeben worden ist, kann auch der Zuschlag nicht erteilt werden. Erst durch das Gebot wird die Situation zu einem weiteren Handeln des Gerichtsvollziehers geschaffen. Es dient insofern der Fortführung des Versteigerungsverfahrens. Dies ist jedoch gerade das wesentliche Merkmal einer Prozeßhandlung; denn eine solche ist jede Willenserklärung des Gerichts [214]) oder der Partei, die der Begründung, Führung oder Erledigung des Prozesses dient und in seinen Voraussetzungen und Wirkungen durch das Gesetz geregelt ist.[215]) Das Vollstreckungsverfahren (zuweilen auch Vollstreckungsprozeß genannt) wiederum ist ein Teil des Prozeßverfahrens, es gehört zur streitigen Gerichtsbarkeit, da es im eigentlichen Sinne Rechtsverfolgung ist.[216]) Deshalb ist eine Prozeßhandlung auch jede Willenerklärung, die der Fortführung des Vollstreckungsverfahrens dient. Wenn auch ein solcher Wille nicht ausdrücklich erklärt wird, so liegt er doch stillschweigend in dem Gebot, durch das der Bieter den Wunsch zum Ausdruck bringt, das Verfahren fortzusetzen und ihm den Zuschlag zu erteilen. Bei einer solchen Bedeutung des Gebots für den Zuschlag kann nicht nur von einem „äußerlichen" Zusammenhang gesprochen werden. Daß ein Gebot durch ein Überangebot erlischt, bzw. nicht jedem Gebot der Zuschlag erteilt zu werden braucht, kann eine solche Annahme nicht rechtfertigen. Es ist eine falsche Betrachtungsweise, die das Gebot losgelöst von dem weiteren Verfahren würdigt, eine treffende Würdigung kann nur rückschauend von dem e r t e i l t e n Zuschlag aus erfolgen.

Auch die zivilrechtliche Nebenwirkung des Gebots widerspricht nicht schlechthin dessen prozessualer Natur; denn die Pfändung oder Klage, bzw. Klageerwiderung, die unbedenklich als eine Prozeßhandlung angesehen werden muß, äußert ebenfalls zivilistische Wirkungen. So kann die Klage eine Mahnung, Kündigung, einen Rücktritt vom Vertrage, die Erklärung einer Wandlung usw. enthalten.Daß auch vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts gegen eine solche Rechtseinrichtung keine Bedenken erhoben werden können, ist bereits erörtert worden. Schließlich spricht auch die Parallele mit der Liegenschaftszwangsversteigerung für die Annahme einer Prozeßhandlung, da nach dem ZVG die Unterordnung des Bieters noch schärfer zum Ausdruck kommt als durch die ZPO.[217])

Daß die zivilrechtliche Verpflichtung des Bieters bereits mit dem Gebot begründet wird, ergibt sich aus § 817 i. V. m. § 156 BGB. Nur in diesem Sinne, nicht für die Annahme eines Vertrages, kann die Bezugnahme der ZPO auf § 156 BGB gewertet werden.[218]) Auch spricht u. E. dafür § 817 Abs. 3, der bestimmt, daß der Bieter, falls er nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder bei Fehlen einer solchen Bestimmung vor dem Schluß des Versteigerungstermins gegen Zahlung des Kaufgeldes die Ablieferung der

---

214) Zu dem Gericht in dem hier gebrauchten Sinne gehört auch der Gerichtsvollzieher als Unterorgan des Gerichts, vgl. Hellwig, Prozeßhandlung, S. 53.
215) Hellwig, System, Tl. 1, §§ 145 (S. 423 ff.), 159 (S. 485 ff.).
216) Hellwig, System, Tl. 1, S. 42.
217) Wegen Einzelheiten vgl. § 8 dieser Arbeit.
218) Blomeyer, S. 100.

Sache verlangt, für den Ausfall der weiteren Versteigerung haftet. Eine solche Bestimmung entbehrt bei ihrer einschneidenden Wirkung der inneren Berechtigung, wenn man nicht eine vorherige freiwillige Verpflichtung des Bieters zur Zahlung des gebotenen Betrages annehmen würde.

Wenn, wie sich hieraus ergibt, die zivilrechtliche Wirkung des Gebots nicht unterschätzt werden darf, so ist sie dennoch nur eine Nebenwirkung, die mit der prozessualen steht und fällt. Dies erhellt aus folgendem: Die privatrechtliche Bedeutung des Gebots ist hinfällig, wenn sich nach Abgabe desselben, aber vor Schluß des Versteigerungstermins herausstellt, daß der Gerichtsvollzieher aus irgendeinem Grunde, z. B. wegen nicht ordnungsgemäßer öffentlicher Bekanntgabe des Versteigerungstermins, den Zuschlag nicht erteilen darf.[219])

Auf die Frage nach der Anfechtung des Gebots wegen eines Willensmangels (§§ 119 ff. BGB) muß zum Schluß noch kurz eingegangen werden. Für die Anhänger der Lehre unter a) war nämlich letzten Endes mehr oder weniger die Erwägung ausschlaggebend, daß dem Bieter bei Vorliegen eines Willensmangels, insbesondere Irrtums, ein Anfechtungsrecht aus Billigkeitsgründen gegeben werden muß. Da die ZPO eine hierfür maßgebliche Bestimmung nicht enthält, sah man sich zu der Annahme einer privatrechtlichen Willenserklärung gezwungen, um durch Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften das gewünschte Ergebnis zu erreichen. Diese opportunistische Erwägung vermag jedoch eine zwingende Begründung für eine privatrechtliche Auffassung grundsätzlich, wenn man es vom Standpunkt der reinen Theorie betrachtet, nicht abzugeben. Vor allem aber verlieren diese Bedenken dadurch jede Bedeutung, daß man bei der dritten hier vertretenen Lehre durch entsprechende Anwendung der §§ 119 ff. BGB zu dem gleichen, vom Standpunkt der Billigkeit wünschenswerten Ziel kommt. Damit soll der bereits in dieser Arbeit vertretene Grundsatz, daß bürgerlich-rechtliche Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nicht angewandt werden dürfen, nicht aufgegeben werden. Dieser Grundsatz hat jedoch von jeher folgende genauere Bestimmung erfahren: Steht ein Rechtssatz zufällig im BGB, enthält er jedoch einen allgemein gültigen Rechtsgedanken, dann steht seiner entsprechenden Anwendung auf publizistische Institute nichts entgegen. Um solche allgemein gültigen Rechtssätze handelt es sich bei den §§ 119 ff. BGB. [220])

Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften dürfen allerdings nur insoweit entsprechend angewandt werden, als nicht Wesen und Zweck der Zwangsversteigerung entgegenstehen. So ist z. B. eine wirksame Anfechtung dann nicht mehr möglich, wenn der Zuschlag erteilt ist, da dieser kraft seiner öffentlich-rechtlichen Wirkung die Rechtslage für die Beteiligten festlegt. Dies wird selbst von den Vertretern der Lehre zu a) zugegeben, so daß beide Auffassungen für die wichtigste praktische Frage der Anfechtung des Gebots zu dem gleichen Ergebnis kommen.[221])

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich bereits die Widerlegung der unter d) und b) angeführten Lehren. Insbesondere ist u. E. kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, dem Bieter bereits mit dem Zuschlag ein Recht auf Übereignung der zur Versteigerung stehenden Sache zuzusprechen. Damit würde dem

---

[219]) Ebenso bereits von Zapfe für die Immobiliarzwangsversteigerung betont, S. 41; vgl. auch §§ 83, Ziff. 7, 43, Abs. 2 ZVG; vgl. zur Frage nach der Bedeutung eines unwirksamen Gebots für den Zuschlag auch Lent, Z. Akad. D. R. 1937, S. 330 ff., und ob. Anm. 123.

[220]) Vgl. Fischer-Schäfer, § 72, 1; Schneider, ZZP. 31, 291; in bezug auf das Gebot in der Liegenschaftszwangsversteigerung vgl. Zapfe, S. 50 ff., mit näheren Ausführungen; a. A. Lindemann, S. 46 ff.; vgl. auch Hellwig, System, Tl. 1, S. 455 ff.; Prozeßhandlung, S. 101 ff.

[221]) So Behrends, S. 61; vgl. auch Bierbach, S. 39, u. Zapfe, S. 54 f. d. Im.-Zw.-Verst.

Zuschlag lediglich deklatorische Bedeutung zukommen.[222]) Dies ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Das Nähere ergibt sich aus den Ausführungen über den Zuschlag unter 3.

Wenn man auch hier wieder die Systematik Hellwigs zugrunde legt, ist das Gebot unter die einseitigen prozessualen Rechtsgeschäfte zu rechnen; denn Prozeßgeschäfte sind nach Hellwigs Einteilung solche Prozeßhandlungen, die 1. inhaltlich auf die Herbeiführung einer Änderung der prozessualen Rechtslage gerichtet sind, 2. diesem Willen entsprechend von der Rechtsordnung verwirklicht werden.[223])

Beide Voraussetzungen liegen bei dem Gebot vor. Der Wille des Meistbietenden geht auf Zuschlagserteilung, diese erfolgt auch entsprechend seinem Willen.

Wenn man den Begriff des „prozessualen Rechtsgeschäfts" gebraucht, muß man sich vor allem dessen bewußt bleiben, daß es sich um einen Vorgang handelt, der prozessuale und damit öffentlich-rechtliche Verhältnisse regelt und mit dem zivilrechtlichen Rechtsgeschäft nichts anderes gemein hat als den Namen.[224]

3. Der Zuschlag selbst hängt eng mit dem Gebot zusammen. Die Bedeutung, die man dem Zuschlag beimißt, hängt darum in erster Linie davon ab, welche Auffassung man für das Gebot vertritt. Wenn die Ansichten bzgl. des Gebots im einzelnen auch weit auseinandergehen, so besteht doch hinsichtlich des Zuschlags insoweit Übereinstimmung, daß es sich bei ihm um einen öffentlich-rechtlichen Vorgang (Staatsakt) und nicht um eine privatrechtliche Willenserklärung handelt.[225])

Dieser Auffassung ist grundsätzlich beizutreten. Im einzelnen dürfte die Bedeutung des Zuschlags im folgenden liegen: Ers tnach Erteilung des Zuschlags ist der Gerichtsvollzieher zur Übergabe der Sache an den Meistbietenden und damit zur Eigentumsübertragung auf Grund seiner Amtspflicht berechtigt und verpflichtet. In der Zuschlagserteilung liegt die Willenserklärung des Gerichtsvollziehers, dem Ersteher das Eigentum durch Übergabe demnächst zu übertragen.[226]) Insoweit ist der Zuschlag wiederum die Voraussetzung für das weitere Tätigwerden des Gerichtsvollziehers. Durch ihn wird erst prozeßrechtlich die „Situation" geschaffen, auf Grund deren die Übergabe erfolgen kann.

Andererseits ist der Meistbietende berechtigt, die Übertragung der ihm zugeschlagenen Sache zu verlangen. Daß dieses Recht jedoch nicht im Sinne eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Gerichtsvollzieher aufzufassen ist, ergibt sich daraus, daß es der Meistbietende nicht durch die Klage, sondern nur durch die prozeßrechtlichen Rechtsbehelfe der Erinnerung (§ 766) und sofortigen Beschwerde (§ 793) erzwingen kann. Das Recht des Meistbietenden dürfte am besten dadurch gekennzeichnet werden, daß man sagt: Das Versteigerungsverfahren ist mit der Zuschlagserteilung so weit gediehen, daß der Meistbietende auf Grund seiner nun erlangten prozeßrechtlichen Stellung die Übergabe der Sache verlangen kann. Die Pflicht des Bieters, den gebotenen Betrag zu

---

222) Diese Folgerung zieht auch Fr. Kaufmann, S. 41, der in dem Zuschlag „eine rein formale Betätigung des Rechts des Meistbietenden" erblickt.

223) Syst., S. 426, 448 ff., § 150, Prozeßhandlung, S. 75 ff.; dieselbe Auffassung vertritt Zapfe für das Gebot der Im.-Zw.-Verst. S. 41 ff., bes. 43, s. a. S. 50.

224) Vgl. Hellwig, System, Tl. 1, S. 424—25.

225) Behrends, S. 57, sieht in ihm ein „publizistisches Rechtsgeschäft"; Kaufmann, S. 41; Zapfe, S. 44 ff.; hier muß allerdings berücksichtigt werden, daß dem Zuschlag in der Liegenschaftszwangsversteigerung eine weit größere Bedeutung, nämlich die der unmittelbaren Eigentumsübertragung, zukommt.

226) Behrends, S. 57.

zahlen, ist nun eine endgültige, da die Bedingung, die Zuschlagserteilung, eingetreten ist.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der Zuschlag nicht nur eine deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung hat. Er ist eine Prozeßhandlung und muß nach der Systematik Hellwigs ebenfalls den prozessualen Rechtsgeschäften zugerechnet werden.[227])

4. In bezug auf die Übergabe, dem weitaus wichtigsten Akt der öffentlichen Versteigerung, sind die Auffassungen erfreulicherweise weit einheitlicher als hinsichtlich des Gebots und des Zuschlags. Auch die Vertreter einer reineren öffentlich-rechtlichen Auffassung von der Versteigerung schließen sich hier der herrschenden Lehre an, die in der Übergabe eine staatliche Zwangsverfügung erblickt, durch die der Gerichtsvollzieher kraft staatlicher Hoheitsgewalt das Eigentum originär überträgt.[228]

Dieser Auffassung ist unbedingt beizutreten. Die Übergabe stellt sich danach ebenso wie die Pfändung als „privatrechtsgestaltender Staatsakt" dar. Nur darf man die Übergabe nicht als „Erfüllungsgeschäft" zu einem „öffentlich-rechtlichen Vertrag" in Beziehung bringen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es auch unmöglich, ein solches Verhältnis zu konstruieren. Der Staat wird in der Zwangsversteigerung als Hüter der Rechtsordnung in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflicht tätig. Dies ist die causa — um einen zivilrechtlichen Ausdruck hier zu gebrauchen — für das Tätigwerden des Staates durch seine Organe. Daß der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, gerade dem Meistbietenden das Eigentum zu übertragen, findet seine natürliche Erklärung in der Erkenntnis, daß durch das Gebot und den Zuschlag für den Gerichtsvollzieher die „Situation" zu weiterem Tätigwerden geschaffen worden ist.

Die Berücksichtigung des guten Glaubens des Erstehers für den Fall, daß die Pfändung als solche nichtig war, also keine Verstrickung entstanden ist, ist gerechtfertigt und bedeutet keinen Widerspruch zu der publizistischen Natur der Übergabe. Die Vorwürfe, die Baumbach (§ 817, Erl. 2 B) gegen die herrschende Lehre erhebt, sind nicht gerechtfertigt.

Durchschlagend ist hier tatsächlich der Gedanke, daß, „wenn Pfändung oder Verwertung (Versteigerung) an einem wesentlichen Mangel leiden, . . . jedesmal ein rechtliches Nichts" vorliegt. Dann hat „die Handlung des Vollstreckungsorgans keinen amtlichen Charakter. Öffentlich-rechtliche Normen können darauf nicht mehr angewandt werden — damit ist aber auch der Weg fürs Privatrecht frei".[229])

Zu vergleichen ist u. E. die öffentliche Versteigerung mit dem „Verwaltungsakt auf Unterwerfung", bei dem die Zustimmung des Betroffenen „nur eine Voraussetzung dafür ist, daß der Anspruch der Verwaltungsbehörde rechtmäßig und zuständigerweise" ergeht.[230]) Bei der Versteigerung ist das Gebot die Voraussetzung für die Zuschlagserteilung und damit für die Übergabe. Die Wirksamkeit des staatlichen Aktes ist bei der Versteigerung ebenso wie bei dem „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" unabhängig von der Gültigkeit der Erklärung des Betroffenen.[231])

Das Reichsgericht geht ebenso wie die Wissenschaft von einer privatrechtlichen Auffassung aus.

[227]) Insofern trifft auch die Bezeichnung Behrends („publizistisches Rechtsgeschäft") S. 57 das Richtige. Vgl. auch Anm. 225.

[228]) So Kaufmann, S. 42 ff.; Behrends, S. 62 ff.; vgl. oben S. 32.

[229]) Schwinge, S. 109; vgl. dazu auch oben S. 22.

[230]) Vgl. Mayer, Bd. 2, S. 262 ff. (1917, 2. Aufl.); siehe auch Köttgen, S. 206.

[231]) Mayer, a. a. O., S. 266.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1885 [232]) bezeichnet es mit einer gewissen Selbstverständlichkeit die Versteigerung als einen „Verkauf" und den Ersteher als den „Käufer". Wer als Verkäufer angesehen wird, läßt sich aus dieser Entscheidung nicht erkennen. Die Frage nach dem Verkäufer wird uns jedoch ausdrücklich von RGZ. 40, 288 (1897) dahingehend beantwortet, „daß der Gläubiger der Veräußerer ist". Das Recht zur Veräußerung steht nach dieser Entscheidung dem Gläubiger auf Grund seines Pfandrechts zu, das er durch die Pfändung erlangt hat. Dies ergibt sich eindeutig aus folgender Fassung: „War das durch die Pfändung erlangte Pfandrecht materiell unwirksam [233]), so konnte aus ihm dem Beklagten ein Recht, die gepfändete Sache zu veräußern und den Erlös für sich zu behalten . . ., nicht erwachsen; vielmehr stellt sich die Veräußerung als ein weiterer unberechtigter Eingriff in das Eigentum der Klägerin dar" (S. 291). Das Reichsgericht geht also hier zur Begründung seiner Auffassung von dem uns schon bei der Pfändung entgegengetretenen Grundsatz aus, daß der Gläubiger nach § 804 ein Pfandrecht erwerbe und auf dieses, soweit die Vorschriften der ZPO nicht entgegenstehen, die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen, insbesondere die über den Pfandverkauf anzuwenden seien.[234])

Besonders wendet das RG. den § 1244 BGB entsprechend an. Daß diese Begründung nicht durchschlaggebend sein dürfte, ergibt sich aus unseren vorhergehenden Ausführungen.

Im Gegensatz zu der bis dahin herrschenden Rechtsprechung ergeht im Jahre 1912 das bereits bei der Pfändung behandelte Urteil des 3. Zivilsenats (RGZ. 79, 241.[235]) Tatsächlich stellt dieses Erkenntnis einen Bruch mit der bis dahin herrschenden reichsgerichtlichen Praxis dar, wenn das RG. in ihm betont, daß eine Pfändung von einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache trotz des Nichtbestehens eines Pfandrechts „zulässig und wirksam" (S. 243) sei. Nach dem RG. spielt sich dann ein formales Verfahren ab, das zur Befriedung des pfändenden Gläubigers führt (S. 244). Denkt man diese Gedanken folgerichtig weiter, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß auch hier das RG. keineswegs in dem Pfandrecht die Grundlage der Versteigerung erblickt, sondern in der Versteigerung einen öffentlich-rechtlichen Vorgang sieht, der unabhängig von materiellen Voraussetzungen lediglich prozessuale Vorgänge (Pfändung, Verstrickung) zur Grundlage haben kann.

Tatsächlich hat jedoch das RG., wie sich aus der nachfolgenden Rechtsprechung ergibt, diese Folgerungen für die öffentliche Versteigerung nicht gezogen. Es wendet nach wie vor die bürgerlich-rechtlichen Pfandrechtsvorschriften auf die Versteigerung entsprechend an (insbesondere §§ 1242, 1247 BGB) [236]) und sieht in dem Pfandrecht die Grundlage der Versteigerung.[237])

Wenn der 7. Zivilsenat in RGZ. 104, 300 dann trotzdem Eigentumserwerb des Erstehers annimmt, und dem Eigentümer der beim Schuldner gepfändeten und versteigerten Sache lediglich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Vollstreckungsgläubiger gibt, so nur, weil nach entspre-

---

232) RGZ. 13, 272 (274).

233) In dieser Entscheidung waren dem Schuldner nicht gehörige Sachen gepfändet und versteigert worden.

234) So auch RGZ. 61, 330 (333); 87, 321 (325); 97, 34 (41).

235) Vgl. oben S. 25 ff.; angebahnt war diese Entwicklung, wie bereits oben erwähnt, durch RGZ. 40, 228; 60, 70.

236) Vgl. oben Anm. 234.

237) So RGZ. 104, 300 (301): „Die Veräußerung der Sache in öffentlicher Zwangsversteigerung . . . war deshalb eine unrechtmäßige, da die Pfändung gegen den Schuldner . . . der Wirksamkeit entbehrte, ein Pfändungsrecht also nicht rechtswirksam entstanden war".

chender Anwendung des § 1244 BGB der Erwerber auf Grund seines guten Glaubens, jedoch nicht durch die privatrechtsgestaltende Wirkung eines Staatsaktes Eigentum erworben hat (301).

Das RG. vertritt also auch heute noch eine privatrechtliche Konstruktion der öffentlichen Versteigerung. Doch ist die Entwicklung in der Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes ebenso wie in der Wissenschaft u. E. noch nicht zum Abschluß gekommen. Daß diese Weiterbildung nach einer öffentlich-rechtlichen Auffassung hingeht, glauben wir aus den Gedankengängen entnehmen zu können, die der 3. Zivilsenat in RGZ. 79, 241 ff. vertritt. Auch ist nicht zu vergessen, daß eine höchstrichterliche Stellungnahme aus neuester Zeit leider fehlt.

II. Der freihändige Verkauf (§§ 820, 821, 825), d. h. derjenige Verwertungsakt, bei dem die Umsetzung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher dadurch geschieht, daß dieser sich im freien Verfahren [238]) einen geeigneten Erwerber sucht, hat in der Wissenschaft eine ähnliche rechtliche Beurteilung erfahren wie die Versteigerung.

Zunächst faßt man den freihändigen Verkauf als reinen Kauf auf und läßt das Eigentum an der Pfandsache im Wege der rechtsgeschäftlichen Verfügung nach §§ 929 ff. BGB auf den Erwerber übergehen.[239]) In Überwindung dieser rein privatrechtlichen Lehre sieht man dann in dem freihändigen Verkauf den Abschluß eines obligatorischen öffentlich-rechtlichen Vertrages,[240]) die Eigentumsübertragung selbst, die man erst mit der Übergabe stattfinden läßt, erscheint jedoch bereits als eine von der Autorität des Staates getragene Zwangsverfügung.[241])

Doch auch hier sprechen u. E. dieselben Gründe gegen die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages wie bei der Versteigerung. Auch bei dem freihändigen Verkauf stehen sich der Erwerber und der Gläubiger insbesondere nicht als gleichwertige Rechtssubjekte gegenüber.[242])

So ist man auch schon vereinzelt dazu übergegangen, in der Annahmeerklärung des Gerichtsvollziehers, durch die er das Gebot des Erwerbers annimmt, einen öffentlich-rechtlichen Akt zu erblicken, durch den der „Anspruch" des Erwerbers auf Eigentumsübertragung begründet wird. Zu vergleichen sei die Annahmeerklärung des Gerichtsvollziehers mit dem Zuschlag bei der Versteigerung beweglicher Sachen. Das Gebot des „Käufers" sei jedoch auch hier als Prozeßbehandlung mit privatrechtlicher Nebenwirkung aufzufassen. Der freihändige Verkauf stellt sich danach lediglich als „ein besonderes Verfahren zur Ermittlung eines Erstehers dar".[243])

Für diese Auffassung spricht insbesondere, daß bei dem freihändigen Verkauf wie bei der öffentlichen Versteigerung der Erwerber nicht auf Übertragung des Eigentums und der Gerichtsvollzieher nicht auf Zahlung oder Ab-

[238]) Im Gegensatz zu dem streng vorgeschriebenen Verfahren der öffentl. Versteigerung.

[239]) Falkmann-Mugdan, S. 725; Neumann, JW. 1913, S. 635; von den modernen Schriftstellern Seuffert-Walsmann, § 806, III, der selbst zugibt, daß es folgerichtiger sei, den freihändigen Verkauf öffentlich-rechtlich zu erklären und es auf den guten Glauben des Erstehers nicht ankommen zu lassen; er glaubt aber, der Verkehrsauffassung Zugeständnisse machen und einen privatrechtlichen Verkauf annehmen zu müssen.

[240]) Stein, Grundfragen, S. 67; Stein-Jonas, § 825, II, 1; s. a. Fischer, preußisches Privatrecht, S. 757/58, der schon im Jahre 1887 unter Hervorhebung der amtlichen Tätigkeit des Gerichtsvollziehers die Annahme eines privatrechtlichen Verkaufs ablehnt.

[241]) Stein, a. a. O., S. 72 ff.; Stein-Jonas, § 825 II, 1; Förster-Kann, § 825 1, e.

[242]) Der § 817, Abs. 2—4, findet auch hier Anwendung; vgl. Stein-Jonas, § 820, III; Kaufmann, S. 45; a. A. Sydow-Busch, § 825, 2.

[243]) So bereits Kaufmann, S. 46; vgl. dazu auch Lent, Z. Akad. D. R. 1937, S. 331 ff. und oben Anm. 123.

nahme klagen können, vielmehr hat jener nur die Erinnerung und die nachfolgende Beschwerde und der Gerichtsvollzieher nur die Möglichkeit anderweitiger Versteigerung (vgl. oben S. 37).

Bei dem freihändigen Verkauf kann man u. E. noch weniger als bei der Versteigerung von einem festgegründeten wissenschaftlichen Forschungsergebnis sprechen. Die Entwicklung ist noch im Fluß. Die herrschende Lehre scheint auch hier diejenige zu sein, die einen öffentlich-rechtlichen Vertrag annimmt.

Die wenigen älteren Entscheidungen des Reichsgerichts, die zu unserem Problem vorliegen, vertreten eine rein privatrechtliche Auffassung.

In einem Beschluß des 5. Zivilsenats aus dem Jahre 1897, der noch unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts erging,[244]) wird der freihändige Verkauf als ein gewöhnlicher Verkauf von Pfandstücken aufgefaßt, dessen Erfüllung nach rechtsgeschäftlichen Vorschriften zu erfolgen habe. Nach Erlaß des BGB wird dieselbe Ansicht auch von einer strafrechtlichen Entscheidung vertreten. Insbesondere wird die Vorschrift des § 936 Abs. 2 BGB über den gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb für anwendbar erklärt.[245])

Eine nähere Begrüdung seiner Auffassung wird in beiden Entscheidungen vom RG. nicht gegeben.

III. Im Gegensatz zu der Versteigerung und dem freihändigen Verkauf ist man bei der sogen. Zwangsüberweisung (§ 825), d. h. bei demjenigen Verwertungsakt, bei dem die Pfandsache durch gerichtlichen Beschluß unmittelbar auf den Gläubiger übertragen wird, in der Wissenschaft verhältnismäßig früh zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung gekommen.

Lediglich Reichel[246]) und Emmerich[247]) haben eine privatrechtliche Konstruktion vertreten, sind jedoch in der Wissenschaft von Anfang an auf lebhaften Widerspruch gestoßen.[248]) Ihre Lehren dürften heute längst als überwunden angesehen werden, sodaß sich ein näheres Eingehen auf sie erübrigt.

So vertritt man bald unter Ablehnung jeglichen privatrechtlichen Gedankengangs folgende Ansicht: Die gerichtliche Überweisung ist ein staatlicher Hoheitsakt, durch den der Vollstreckungsrichter vermöge seiner obrigkeitlichen Verfügungsmacht die gepfändete Sache übereignet.[249]) Nicht auf Grund eines Vertrages, sondern durch den Machtspruch des Richters erlangt der Gläubiger das Eigentum an der Pfandsache. Zwar muß dieser mit der Überweisung einverstanden sein, auch ist das Gericht an die Bedingungen des Gläubigers, insbesondere in bezug auf den Kaufpreis gebunden.[250]) Doch auch bei Fehlen dieser Voraussetzungen läßt man den Eigentumserwerb kraft des öffentlich-rechtlichen Aktes eintreten und gibt dem Gläubiger lediglich das Rechtsmittel der Beschwerde.[251])

Tatsächlich sprechen diese Voraussetzungen nicht gegen die öffentlich-rechtliche Natur der Zwangsüberweisung. Ebenso wie das Geobt bei der Versteigerung ist das Einverständnis des Gläubigers, das in dem näher bestimmten An-

---

244) RG. in Seuff. Arch. 52, Nr. 211, bes. S. 372.
245) RGSt. 35, 412 (414), 1902.
246) Jherings J. 53, 139, bes. 157 ff., 176, 183.
247) Pfandrechtskonkurrenzen, S. 344 ff., 394 ff.
248) Vgl. Hellwig-Oertmann, Lb. Bd. 2, S. 330; Kaufmann, S. 47 ff.; Burtscheid, S. 30 ff., bes. S. 38 ff.; Behrends, S. 65 ff. mit weiterem Schrifttum Anm. 97.
249) Stein, Grundfragen, S. 74; Komm. § 825, II 3; Hellwig-Oertmann, Teil 2, S. 330; Lindemann, S. 34 ff.; Behrends, S. 65 ff.; Kaufmann, S. 48 ff.; Förster-Kann, § 825, 1 f.; anderer Ansicht jedoch Stein-Jonas, § 825, 3, der jetzt eine rein privatrechtl. Theorie vertritt.
250) Außer den bereits in der vorhergehenden Anm. Genannten auch Baumbach, § 825, 3; auch A. v. Schrutka-Rechtenstamm, Grünhuts Z. 38, 556 ff.
251) So Behrends, S. 67 u. a.

trag auf Überweisung liegt, prozessuale Voraussetzung für das Tätigwerden des Gerichts.

Richtigerweise tritt auch der Eigentumserwerb bereits mit der Zustellung des Anordnungsbeschlusses ein [252] und nicht erst mit der Übergabe der Sache durch den Gerichtsvollzieher.[253])

Für die hier vertretene Auffassung dürfte vor allem die Parallele des Zuschlags in der Liegenschaftsversteigerung sprechen. Eine ausführliche Stellungnahme zu dieser auch heute noch bestehenden Streitfrage ist im Rahmen dieser Arbeit weder möglich noch erforderlich, da auch mit der abgelehnten Ansicht eine grundsätzlich öffentlich-rechtliche Auffassung der Zwangsüberweisung vereinbar ist. Der Anordnungsbeschluß müßte dann als eine auf Fortführung des Verfahrens gerichtete gerichtliche Prozeßhandlung aufgefaßt werden, die in allem mit dem Zuschlag in der Mobiliarzwangsversteigerung zu vergleichen wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung jedoch stellt sich der Anordnungsbeschluß als ein privatrechtsgestaltender Staatsakt dar.

Erwähnt sei hier nur noch, daß man auch bei dieser Form der Verwertung geglaubt hat, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag konstruieren zu müssen. In dem Antrag des Gläubigers, die Verwertung in der Form der Überweisung vorzunehmen, erblickt man die Offerte, den Vertragsabschluß läßt man dann mit dem Anordnungsschluß des Gerichts zustande kommen.[254]) Gegen diese Anschauung sprechen die bereits bei der Versteigerung erörterten Gründe. Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß eine Bestimmung wie § 817 Abs. 1, die zur Annahme eines Vertrages verleiten könnte, hier fehlt.

Das Reichsgericht befaßt sich in der Entscheidung RGZ. 126, 21 ff. (1929) mit dem hier in Frage stehenden Problem. Leider kommt es zu einem widerspruchsvollen Ergebnis.

Obwohl das RG. von der ausdrücklichen Feststellung ausgeht, daß in der gerichtlichen Überweisung ein „Staatsakt" gesehen werden muß (S. 23) und sich zu der von der Wissenschaft unter starkem Widerspruch errungenen Erkenntnis bekennt, daß „die Natur des Erwerbsakts und dessen Wirkungen nicht notwendig auf einem und demselben Rechtsgebiet zu liegen brauchen und deshalb auch ein öffentlich-rechtlicher Akt Privatrechte begründen kann" (S. 24), kommt es in seinen weiteren Ausführungen tatsächlich zu einer privatrechtlichen Auffassung. Indem das RG. eine Gleichstellung mit dem Zuschlag der Mobiliar- oder Immobiliarzwangsvollstreckung oder der Überweisung einer gepfändeten Forderung ablehnt, sieht es in der richterlichen „Übereignung der gepfändeten Sache" nur einen „Eratz für die Einigung ... zwischen Gläubiger und Schuldner" und fordert unter Anwendung der §§ 929 ff. BGB die Übergabe durch den Gerichtsvollzieher (S. 25). Weiterhin läßt das RG. die Wirkung des Übereignungsbeschlusses davon abhängig sein, „ob zufolge der Pfändung .. ein wirksames Pfandrecht .. bestand" (S. 26). Trotz fehlenden Pfandrechts soll der Erwerber unter entsprechender Anwendung des § 1244 BGB bei der Verwertung des Pfandes Eigentum erlangen, „wenn er des guten Glaubens ist, daß das Pfandrecht zu Recht bestehe" (S. 36). Damit hat das RG. unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß es die Grundlage für die gerichtliche

[252]) So Förster-Kann, § 825, 1 f.; Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 330; Baumbach, § 825, 3; Behrends, S. 67 ff., mit weiterem Schrifttum in Fußnote 105.

[253]) Sydow-Busch § 825, 2; Oertmann, JW. 1930, S. 264 zu 12 (der seine Ansicht offenbar geändert hat), Burtscheid, S. 36 ff.; selbstverständlich auch Stein-Jonas, § 825 II, 3; weiteres Schrifttum bei Behrends, a. a. O.

[254]) Burtscheid, S. 35.

Überweisung in dem Pfandrecht sieht, es läßt die Wirkungen des sogen. Staatsaktes nur eintreten, wenn diese privatrechtliche Grundlage vorliegt oder der Erwerber gutgläubig ist. Mit dem Wesen eines Staatsaktes ist es jedoch unvereinbar, daß seine Wirkungen von dem Vorhandensein des Pfandrechts bzw. des guten Glaubens des Erwerbers abhängig sein sollen. Das RG. vertritt tatsächlich in dieser Entscheidung entgegen seiner anfänglichen ausdrücklichen Feststellung, daß es sich um einen Staatsakt handele, eine rein privatrechtliche Konstruktion.

IV. Noch früher als bei der Überweisung einer beweglichen Sache kam man bei der Überweisung einer Forderung zur Einziehung und an Zahlungs Statt (§§ 935, 936) zu einer publizistischen Lehre. Es ist, soweit ersichtlich, für die Verwertung einer Forderung nie ernstlich eine privatrechtliche Konstruktion vertreten worden.

Beide Verwertungsformen faßt man als gerichtliche Akte auf, als rechtsbegründende staatliche Verfügungen, die — wie all die anderen Verwertungsarten — auf der Verstrickung beruhen.[255])

Durch die Überweisung zur Einziehung wird danach kraft ihrer öffentlich-rechtlichen Wirkung die Befugnis des Gläubigers begründet, „die Forderung einzuziehen, d. h. von dem Drittschuldner die Leistung zu verlangen und mit der Wirkung anzunehmen, daß die Leistung sein Eigentum wird und mit ihr gleichzeitig die gepfändete und die zu vollstreckende Forderung in Höhe des Erlangten erlöschen".[256])

Durch die Überweisung an Zahlungs Statt hingegen wird nach dieser Lehre die Forderung selbst vom Schuldner auf den Gläubiger übertragen, dieser wird damit bereits Inhaber der Forderung.

Nach dieser allein vertretbaren Auffassung hat die Überweisung an Zahlungs Statt zwar die Wirkung einer Abtretung, ist jedoch keine solche, sondern ein privatrechtsgestaltender Staatsakt. Auch die Überweisung zur Einziehung stellt sich als ein solcher dar, insofern der Gläubiger die privatrechtliche Stellung erhält, die ihn zur Einziehung der Forderung berechtigt.

Die verhältnismäßig umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung zur Überweisung einer Forderung zur Einziehung läßt von Anfang an erkennen, daß das RG. in dieser Verwertungsart einen öffentlich-rechtlichen Akt, eine Prozeßhandlung, erblickt. Diese Auffassung wird durch die späteren Entscheidungen dann noch gefestigt und ausführlicher begründet.

Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1887 (RGZ. 18, 398 ff.) werden die Wirkungen der Überweisungen zur Einziehung und an Zahlungs Statt dargelegt. „Durch die Überweisung zur Einziehung wird nach § 736 ZPO[257]) die gepfändete Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden. Vielmehr tritt eine Übertragung der Forderung auf den gepfändeten Gläubiger ... nur dann ein, wenn sich der pfändende Gläubiger die Forderung an Zahlungs Statt überweisen läßt. Durch die Überweisung zur Einziehung wird der pfändende Gläubiger ermächtigt, die gepfändete Forderung namens des Schuldners einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen" (S. 399).

Bereits die Fassung dieser Entscheidung („ermächtigt") läßt erkennen, daß das RG. in beiden Formen der Überweisung offenbar einen konstitutiven Akt erblickt. Leider findet das RG. späterhin keine Gelegenheit mehr, zu der Über-

[255]) Stein-Jonas, § 835, I, IV, VIII; Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 343 ff.; Lindemann, S. 34; Behrends, S. 68. Weiteres Schrifttum daselbst Fußnote 108.
[256]) Stein-Jonas, § 835, IV.

weisung an Zahlungs Statt Stellung zu nehmen. Dies ist jedoch verständlich, wenn man bedenkt, daß wegen der damit verbundenen Gefahr für den Gläubiger diese Form der Überweisung in der Praxis so gut wie gar nicht vorkommt.

Um so ergiebiger ist die Rechtsprechung des RG. bezüglich der Überweisung zur Einziehung. An den in RGZ. 18, 399 festgestellten Wirkungen dieser Verwertungsart hält das RG. in ständiger Rechtsprechung fest.[258]) Wiederholt wird betont, daß die Überweisung zur Einziehung nicht der Forderungsabtretung gleichgestellt ist,[259]) der Vollstreckungsgläubiger die Stellung „eines gesetzlichen Mandatars", eines „procurator in rem suam" erhält,[260]) d. h. lediglich die Befugnis hat, „für sich und in eigenem Namen die dem Vollstreckungsschuldner verbleibende Forderung geltend zu machen".[261])

Zunächst fehlt es in den Entscheidungen an jeder ausdrücklichen Feststellung oder gar näheren Begründung dahingehend, daß es sich bei der Überweisung zur Einziehung um einen öffentlich-rechtlichen Akt handelt. Durch RGZ. 58, 105 können sogar gewisse Bedenken an dem öffentlich-rechtlichen Standpunkt des RG. entstehen, wenn es dort heißt: „Durch die Pfändung einer Forderung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an ihr (§ 804 ZPO), und die sich anschließende Überweisung zur Einziehung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Befugnis zur Einziehung abhängig ist (§ 836 Abs. I ZPO)", S. 107.

Ein späteres Erkenntnis (RGZ. 83, 116 ff.) läßt jedoch unzweideutig erkennen, daß das RG. damit keineswegs gemeint hat, das Gericht gebe für den Schuldner die Erklärung ab und sei insofern als sein Vertreter anzusehen. Es heißt dort (S. 119) wörtlich: „Eine Ermächtigung des Pfändungspfandgläubigers durch den Schuldner liegt ... überhaupt nicht vor, auch nicht soweit Erklärungen des Schuldners im § 836 Abs. 1 ZPO als durch die Überweisung ersetzt bezeichnet sind, also in Betreff der Berechtigung zur Einziehung. Denn der Pfändungspfandgläubiger macht nicht ein Recht des Schuldners, sondern ein eigenes Recht geltend, das ihm an der Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner durch eine gerichtliche Vollstreckungsmaßnahme verliehen ist" (S. 119). „Der Wortlaut des § 836 Abs. 1 („ersetzt die förmlichen Erklärungen") ist eine vergleichende Schilderung der Wirkungen des Überweisungsbeschlusses für die Berechtigung zur Einziehung, nicht die Angabe des eigentlichen Rechtsgrundes dieser Wirkungen" (S. 120). Damit stellt das RG. mit einer jeden Zweifel ausschließenden Klarheit fest, daß die Überweisung zur Einziehung eine Prozeßhandlung darstellt, also ein öffentlich-rechtlicher Akt ist, der auf Grund der Pfändung kraft staatlicher Hoheitsgewalt ergeht und nicht auf einem in der Person des Schuldners liegenden Verfügungsrecht beruht. Damit zwanglos vereinbar ist dann die Feststellung, daß „sich der Umfang der Befugnisse eines Pfändungspfandgläubigers ... ausschließlich nach den Vorchriften des Zwangsvollstreckungsrechts" richtet (RGZ. 128, 85).

257) Dem heutigen § 835.
258) RGZ 20,420 (421); 27,292 (294); 58,105 (107); 63,214 (218); 65,414 (416); 73,276 (278); 77,141 (146); 89,214 (215); 97,34 (41); 128,81 (85)
259) RGZ. 18, 399; 63, 218; s. a. 128, 85.
260) RGZ. 18, 399; 27, 294.
261) So RGZ. 89, 215.

§ 6.

Die Umbildung des Begriffs der Auszahlung des Erlöses.

I. Als drittes und letztes Institut der Zwangsvolltreckung in das bewegliche Vermögen ist die Auszahlung des Erlöses [262]) an den Gläubiger zu behandeln, d. h. derjenige Akt, durch den der Gläubiger nun endgültig in den tatsächlichen Besitz des durch die Zwangsvollstreckung erstrebten Geldbetrages gelangt.

Die Vertreter, die in der Versteigerung wie auch im freihändigen Verkauf einen Pfandverkauf erblicken,[263]) müssen notwendig auch zu einer privatrechtlichen Auffassung in bezug auf die Auszahlung des Erlöses gelangen.

Sie sehen in der Auszahlung lediglich die Ablieferung des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher an den Gläubiger, d. h. diejenige Tätigkeit, durch die der Gläubiger (oder ein zur Empfangnahme berechtigtes Institut, wie Post usw.) nun auch den unmittelbaren Besitz, die tatsächliche Herrschaft über die Geldstücke erhält. Das Eigentum an dem Gelde wird nach der Lehre vom Pfandverkauf nicht erst durch die Auszahlung auf den Gläubiger übertragen, wie im folgenden näher auszuführen sein wird.

Es ist verständlich, daß die Auszahlung — so aufgefaßt — nur noch eine geringe Bedeutung für das gesamte Zwangsvollstreckungsverfahren hat und die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher weit bedeutungsvoller ist und darum mehr Beachtung verdient. So haben wir in der alten Literatur, soweit sie in der Versteigerung einen Pfandverkauf sieht, nur höchst selten ein Wort über die Auszahlung des Erlöses gefunden. Wenn von ihr überhaupt die Rede ist, dann nur deshalb, um festzustellen, daß erst mit ihr, nicht schon mit der Empfangnahme die Zwangsvollstreckung beendet sei und darum auch bis zu diesem Zeitpunkte die Klagen aus §§ 766 und 771 erhoben werden können.[264])

Wenn man sich also mit der Ablieferung des Erlöses befaßt, geschieht es nicht um ihrer selbst willen, sondern nur, um die Zulässigkeit der genannten Klagen zu beweisen.

Daß jedoch nur die von uns oben angeführte Auffassung von den Anhängern einer privatrechtlichen Pfandverkaufstheorie vertreten werden kann, ergibt sich ohne weiteres aus der Begründung dieser Lehre, auf die wir darum hier nochmals kurz eingehen müssen.

Danach zerfällt das Erfüllungsgeschäft bei der Pfandveräußerung in die Übertragung des Eigentums an der zugeschlagenen Sache auf den Ersteher und die Übertragung des Eigentums an dem Erlös auf den Gläubiger. Hier interessiert nur der Eigentumserwerb des Gläubigers. Dieser ist, sofern keine besondere Regelung erfolgt ist — und dies wird von dem überwiegenden Teil der Anhänger eines Pfandverkaufs verneint — nach § 929 S. 1 BGB, § 164 das. nur so zu konstruieren, daß der Ersteher das Eigentum an dem Elös auf den Gläubiger im Augenblick der Übergabe an den Gerichtsvollzieher übertragen und dieser es für den Gläubiger als dessen Vertreter erwerben will. Tatsächlich nimmt der größte Teil die Anwendung des § 929 S. 1 BGB stillschweigend, einige wenige auch ausdrücklich an.[265])

---

[262]) Von der Auszahlung des Erlöses ist in der ZPO ausdrücklich niemals die Rede, es ist jedoch kein Zweifel, daß erst durch diesen Akt die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen beendet wird.

[263]) Vgl. oben S. 29, 40 (1910).

[264]) So Struckmann-Koch (1910), § 815, 3; Petersen-Anger (1906), zu § 819; Falkmann-Mugdan, S. 713—14; a. A. Voß, Arch.-Ziv.-Pr. 76, 294/295, der die u. E. für die privatrechtliche Lehre folgerichtige Konsequenz zieht, daß mit der Empfangnahme des Erlöses und dem damit verbundenen Eigentumserwerb auch das Zwangsvollstreckungsverfahren abgeschlossen sei.

Eine andere Spielart der Lehre vom Pfandverkauf läßt den Eigentumserwerb des Erstehers nach dem sog. Traditionsprinzip nur für den Fall eintreten, daß durch die Pfändung ein wirksames Pfandrecht entstanden ist.[266]) Im übrigen, so führen die Vertreter dieser Lehre weiter aus, sei das Traditionsprinzip des § 929 BGB durch den Surrogationsgedanken des § 1247 S. 2 BGB durchbrochen worden.[267])

Der § 1247 BGB lautet: „Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes." Eigentümer des Erlöses würde nach dieser Lehre bei fehlendem Pfandrecht also der Dritteigentümer. Es fragt sich nun, welche Bedeutung der Auszahlung des Erlöses beizumessen ist. Auch nach dieser Lehre verschafft die Auszahlung dem Gläubiger kein Eigentum, sondern lediglich den Besitz; denn nach dieser Auffassung steht dem Dritteigentümer auch noch nach der Auszahlung der Eigentumsherausgabeanspruch zu, der sich erst durch Vermischung des Geldes (§§ 947, 948 Abs. 1, 951 BGB) oder durch Verfügung des Gläubigers, die sich als eine Verfügung eines Nichtberechtigten darstellt (§ 816 BGB), in einen Bereicherungsanspruch verwandelt.[268])

Wie die Begründung der privatrechtlichen Lehre im einzelnen auch ist, immer bleibt für die Auszahlung des Erlöses lediglich die oben dargelegte Bedeutung einer tatsächlichen Besitzverschaffung übrig.

Dieses Ergebnis ist jedoch abzulehnen, tatsächlich ist auch die gegebene Begründung nicht überzeugend. In unseren Ausführungen über die Verwertung haben wir keinen Zweifel darüber gelassen, daß die Annahme eines privatrechtlichen Pfandverkaufs falsch ist. Auch ist die Entwicklung, wie im vorhergehenden Kapitel gezeigt wurde, über diese Auffassung längst hinweggegangen. Damit ist auch die Begründung des privatrechtlichen Begriffs der Auszahlung, da sie lediglich eine folgerichtige Durchführung der Lehre vom Pfandverkauf darstellt, widerlegt.

Weismann hat, soweit ersichtlich als erster, den Versuch unternommen, die Auszahlung publizistisch zu erklären. Er geht davon aus, daß der Erlös an die Stelle des Pfandes tritt. Eigentum erwirbt nach ihm der Gläubiger dann mit der Ablieferung des Geldes durch den Gerichtsvollzieher. Der Gerichtsvollzieher handelt dabei nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern „als staatliches Vollstreckungsorgan".[269])

Weismann führt seine Lehre jedoch nicht folgerichtig durch. Er läßt nämlich den Eigentumserwerb des Gläubigers nur dann eintreten, wenn ein gültiges Pfandrecht entstanden ist.[270]) Er macht damit das Pfandrecht wieder zur Grundlage der Zwangsvollstreckung und kommt dadurch zu einer gemischten Lehre, in der sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Gedanken beisammen finden.

In dem Augenblick, in dem erkannt wird, daß es sich bei der Versteigerung nicht um einen privatrechtlichen Pfandverkauf, sondern um einen öffentlich-rechtlichen Akt handelt, muß auch der Auszahlung des Erlöses eine andere, wichtigere Bedeutung beigemessen werden.

Dieser Bedeutung wird die publizistische Lehre gerecht, die sich nach und

---

265) Für ausdrückliche Anwendung Falkmann-Mugdan, S. 713; vgl. dazu Smoira, S. 54 ff., mit weiterer Literatur.

266) So Smoira, S. 54 ff. mit weiterem Schrifttum, S. 72, Fußn. 3.

267) Smoira, S. 55.

268) Smoira, S. 71/72.

269) Lb., Bd. 2 (1905), S. 135 ff., bes. 138.

nach im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Auffassung von der Pfändung und Verwertung im Schrifttum entwickelt hat.

Diese Theorie geht im Gegensatz zu der privatrechtlichen Lehre davon aus, daß der Erlös in dem Augenblick, in dem der Gerichtsvollzieher ihn von dem Ersteher erhält, an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt. Der Gläubiger erlangt also nicht bereits mit der Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher als seinen Vertreter das Eigentum, sondern der Erlös befindet sich von nun an in staatlicher Verstrickung und ist Eigentum desjenigen, dem die Pfandsache gehört hat. Alle Rechte an der gepfändeten Sache bestehen nunmehr am Erlöse fort, insbesondere das Pfändungspfandrecht des Gläubigers.

Damit muß natürlich auch der Auszahlung, da der Erlös nach der Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher dem Eigentümer der versteigerten Sache — in der Mehrzahl der Fälle also dem Vollstreckungsschuldner — gehört, als Wirkung die Eigentumsübertragung beigelegt werden.

Tatsächlich ist dies nach der publizistischen Lehre der Fall. Sie sieht in der Auszahlung des Erlöses den dritten staatlichen Akt der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, durch den der Gerichtsvollzieher in seiner Eigenschaft als Vollstreckungsorgan (Beamter) den Empfänger (den Vollstreckungsgläubiger oder ein zum Geldempfang berechtigtes Institut) zum Eigentümer des Erlöses macht.[271])

Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß es sich auch bei der Auszahlung des Erlöses um einen Hoheitsakt des Staates handelt, durch den konstitutiv das Eigentum übertragen wird. Bei einem so verstandenen Begriff der Auszahlung ist es eine Selbstverständlichkeit, daß man den Eigentumserwerb unabhängig davon sein läßt, ob der Schuldner Eigentümer der gepfändeten Sache gewesen ist und der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht erlangt hat oder nicht. Auf den guten Glauben des Empfängers in bezug auf das Pfandrecht des Gläubigers kann es darum für den Eintritt der Wirkung der Auszahlung nicht ankommen, insbesondere auch deshalb nicht, weil die Auszahlung wie die Verwertungshandlung auf der Verstrickung beruht.[272]) Nur für den Fall, daß die Pfändung oder die Versteigerung mit einem „wesentlichen" Mangel behaftet ist, kommt weiterhin der gute Glaube des Empfängers an die prozessuale Verfügungsmacht des Gerichtsvollziehers maßgeblich in Betracht.[273])

Durch diese öffentlich-rechtliche Auffassung wird das Wesen der Auszahlung am besten erklärt. Einer privatrechtlichen Lehre mußte in dem Augenblick der Boden entzogen werden, in dem man erkannte, daß es sich bei der öffentlichen Versteigerung, bzw. dem freihändigen Verkauf um einen öffentlich-rechtlichen Akt handelt. Insbesondere entspricht der Ausgangspunkt dieser Lehre einer natürlichen Betrachtungsweise. Es kann bei der Versteigerung, einem Staatsakt, nicht darauf ankommen, was sich der Ersteher und der Gerichtsvollzieher bei der Zahlung des Versteigerungserlöses gedacht haben mögen. Selbst wenn der Gerichtsvollzieher im gegebenen Fall den Willen

---

270) So jedenfalls ausdrücklich bei der Ablieferung gepfändeten Geldes, a. a. O., S. 135.

271) Stein, Grundfragen, S. 87 ff.; Komm., § 819, II, 3; Stein-Jonas, § 819, II, 3; Schwinge, S. 108; Böhle, S. 35; so im wesentlichen auch Förster-Kann, § 815, 4, der allerdings den Gerichtsvollzieher dem Gläubiger gegenüber kraft Auftrags zur Auszahlung verpflichtet sein läßt (§ 819, Anm. 2), insofern also in bezug auf den Gerichtsvollzieher eine gemischte Lehre vertritt; offenbar auch Baumbach, § 819, 1. Er sagt allerdings nur, daß die Rechtslage „eigenartig" sei (§ 819, 2, auf die er a. a. O. verweist), läßt aber das Eigentum vor Ablieferung des Erlöses nicht übergehen; a. A. offenbar Sydow-Busch, §§ 819, 1, 817, 1, der die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Eigentumserwerb maßgebend sein läßt; vgl. oben Anm. 196, 197.

272) Vgl. statt aller Stein-Jonas, a. a. O.

273) Stein, Schwinge, Stein-Jonas, a. a. O.; anderer Ansicht Böhle, S. 35, der schlechthin den Eigentumserwerb des Erstehers bejaht.

haben sollte, für den Vollstreckungsgläubiger Eigentum an dem Gelde zu erwerben, wäre dies unerheblich, da er nicht, wie im folgenden Paragraph dieser Arbeit zu zeigen sein wird, Vertreter des Gläubigers ist, sondern als Beamter handelt. Es ist das Gegebene, daß der Erlös wieder in das Eigentum desjenigen fällt, dem die Pfandsache gehört, wenn nicht besondere Gründe für den Eigentumserwerb eines anderen vorliegen. Die Berücksichtigung des guten Glaubens des Empfängers an die Verfügungsmacht des Gerichtsvollziehers für den Fall, daß die Pfändung oder die Verwertung an einem wesentlichen Mangel leidet, ist aus den bereits bei der Pfändung und der öffentlichen Versteigerung erörterten Gründen gerechtfertigt.[274])

Hier ist noch auf einen Einwand einzugehen, der auf Grund gesetzlicher Bestimmungen gegen die öffentlich-rechtliche Lehre erhoben werden könnte und teilweise auch erhoben worden ist. Es handelt sich um die Auslegung der §§ 819 (720 a. F.), 815 Abs. 3 (716 a. F.), in denen es heißt, daß die Empfangnahme des Erlöses (Wegnahme des Geldes) als Zahlung von seiten des Schuldners „gilt".

In bezug auf § 819 allein oder i. V. mit § 815 Abs. 3 ist von einer verhältnismäßig weit verbreiteten Lehre im prozeßrechtlichen Schrifttum die Auffassung vertreten worden, die Wirkung der gesetzlichen Fiktion („gilt") seien Übertragung des Eigentums an dem Erlös auf den Gläubiger und Untergang der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (Gefahrübergang).[275])

Es leuchtet ein, daß bei einer so verstandenen Wirkung der Fiktion des § 819 der Auszahlung des Erlöses ihre wesentliche Bedeutung genommen ist. Wenn auch eine solche Auslegung nicht gegen die öffentlich-rechtliche Natur der Auszahlung schlechthin spricht — denn auch dann ließe sich noch die Auffassung vertreten, daß die Auszahlung eine Prozeßhandlung darstelle, die einerseits die Vollstreckung beende und andererseits den unmittelbaren Besitz übertrage — so würde sie doch ihrer Hauptwirkung, der Eigentumsübertragung, entkleidet.

Die oben angeführte Auffassung läßt sich jedoch nicht halten. Die materiellrechtliche Bedeutung der Eigentumsverschaffung kraft gesetzlicher Fiktion kommt dem § 819 nicht zu.

Bei den Schriftstellern, die die hier abgelehnte Ansicht vertreten, spricht mehr oder weniger der Gedanke mit, daß der Gerichtsvollzieher während des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens als Vertreter des Gläubigers tätig wird, und insofern sehen diese gerade in den §§ 815, Abs. 3, 819 eine Betätigung der Vertretereigenschaft des Gerichtsvollziehers in bezug auf sein Tätigwerden bei der Auszahlung des Erlöses. Wenn dies auch nicht immer in dieser Form ausdrücklich betont wird, so ist es doch der tiefere Grund, der sie zu ihrer Ansicht letzthin veranlaßt.

Da der Gerichtsvollzieher, wie schon betont, nicht Vertreter des Gläubigers, sondern Vollstreckungsorgan des Staates während der Zwangsvollstreckung ist, ist den Verfechtern der materiellen Bedeutung des § 819 die Hauptstütze ihrer Lehre bereits genommen.

Darüber hinaus halten jedoch auch die übrigen Gesichtspunkte, die man zur Begründung obiger Lehre anführt, einer näheren Prüfung nicht stand.

Der § 815 Abs. 3, auf den man sich vergleichsweise beruft, beweist gerade,

---

274) Vgl. oben S. 22 und S. 38.

275) Förster (1888), § 716, 5, zu § 720: Seuffert (1911), § 815, 3, zu § 819; Falkmann-Mugdan, S. 713 ff.: Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 309; Seuffert-Walsmann, § 815, 3, mit weiterem Schrifttum.

daß § 819 keinen Eigentumserwerb anordnen kann, und zwar aus folgenden Gründen:

Der § 815 Abs. 1, nach dem gepfändetes Geld an den Gläubiger abzuliefern ist, wäre überflüssig. Wenn der Gläubiger bereits Eigentümer des Geldes mit der Pfändung geworden ist, dann bedurfte es nicht noch einer besonderen Vorschrift, daß der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger sein Eigentum abzuliefern habe. Auf jeden Fall aber hätte der Gesetzgeber, wenn er trotzdem eine derartige Bestimmung für notwendig erachtet hätte, eine solche auch im § 819 treffen müssen, bei dem die Rechtslage die gleiche ist.[276])

Weiterhin spricht der Wortlaut des § 815 Abs. 3 selbst gegen diese Auffassung. Wenn der Gläubiger bereits mit der Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher Eigentum erwirbt, dann ist er auch befriedigt. Die Wegnahme braucht dann nicht erst noch als Zahlung fingiert zu werden. Eine Zahlungsfiktion hat nur dann einen Sinn, wenn durch sie eine Wirkung ausgesprochen werden soll, die nach materiellem Recht ohne diese Fiktion in dem fraglichen Zeitpunkt noch nicht eingetreten wäre.[277])

Überzeugend als Beweis für die Unrichtigkeit der abgelehnten Auffassung ist jedoch folgende Erwägung. Wenn dem Gerichtsvollzieher glaubhaft gemacht wird, daß an dem gepfändeten Gelde ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht, dann ist nach § 815 Abs. 2 das Geld zu hinterlegen. Nach der hier abgelehnten Auffassung wird der Gläubiger mit der Pfändung Eigentümer; dieses Eigentum muß wieder erlöschen, wenn ein Dritter sein Eigentum dem Gerichtvollzieher glaubhaft macht. Weiterhin müßte das Eigentum des Dritten wieder untergehen, wenn er die Frist von 2 Wochen (§ 815 Abs. 2), innerhalb derer er die Drittwiderspruchsklage erheben muß, ungenützt verstreichen läßt. Dieser Eigentumswechsel ist ein unhaltbares Ergebnis.[278])

Schließlich spricht auch noch die Tatsache gegen die hier abgelehnte Lehre, daß diese den Eigentumsübergang verneinen muß, wenn die gesamten Geldstücke bzw. die versteigerten Sachen dem Schuldner nicht gehört haben.[279])

Diese und weitere Gründe haben schließlich zu der richtigen Auffassung geführt, daß der Fiktion des § 819 lediglich die Bedeutung einer Schuldbefreiung zukommt. Dieser Paragraph enthält keine materiell-rechtliche Vorschrift über den Eigentumserwerb des Gläubigers, sondern lediglich einen Ausspruch über die Liberationswirkung. Diese tritt aber auch nur dann ein, wenn ein Pfandrecht entstanden ist.[280])

Damit entfällt auch der Einwand, der aus der ZPO selbst gegen die öffentlich-rechtliche Auffassung vom Wesen der Auszahlung des Erlöses erhoben werden könnte.

Das Reichsgericht hat sich zur Auszahlung des Erlöses ebenfalls wie die privatrechtliche Lehre der Wissenschaft nur sehr selten und auch dann nur andeutungsweise geäußert.

---

276) Stein-Jonas, § 815 III; Böhle, S. 31 ff., und die dort Genannten, Anm. 86.

277) Vgl. Stein-Jonas, § 815, III.

278) Vgl. statt aller Stein-Jonas, a. a. O.; a. A. Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 309, der mit der Konstruktion eines auflösend bedingten Eigentums hier weiter kommen will, die u. E. jedoch nicht überzeugt.

279) Vgl. Smoira, S. 47.

280) Weismann, Bd. 2, S. 134 ff., besonders 138; Stein, Grundfragen, S. 81 ff., 97; Stein-Jonas, §§ 819, I, 815, III; Keil, ZZP 45, S. 148 ff., bes. 149; Smoira, S. 68 ff.; Baumbach, § 815, 2; Förster-Kann, § 815, 4 u. a.

Doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch das RG. die privatrechtliche Auffassung vertritt. Dies zeigt sich bei einer näheren Durcharbeit der in Frage kommenden Entscheidungen.

Unsere höchstrichterliche Rechtsprechung geht, wie schon bei der Behandlung der öffentlichen Versteigerung nachgewiesen worden ist, davon aus, daß die der Pfändung folgenden Akte auf dem Pfändungspfandrecht beruhen.[281])

Daß das RG. gerade in bezug auf die Auszahlung des Erlöses diesen Standpunkt vertritt, geht aus einigen Erkenntnissen hervor, in denen es sich mit der konkursrechtlichen Anfechtung nach § 30 Ziff. 2 KO (§ 22 Ziff. 2 a. F.) einer im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Befriedigung des Gläubigers beschäftigt. Obwohl die Befriedigung in den behandelten Fällen vor Eröffnung des Konkurses erfolgt ist, hat das RG. die Anfechtung nach § 30 Ziff. 2 KO zugelassen, weil der Gläubiger die durch die anfechtbare Pfändung erlangte Sicherung (Pfändungspfandrecht) nicht zu beanspruchen habe und die der Pfändung folgenden Akte „nur zum Zwecke der Realisierung des durch die Pfändung erworbenen Pfandrechts vorgenommen" seien.[282])

Das RG. kommt in folgerichtiger Durchführung dieses Ausgangspunktes zu der Auffassung, daß die öffentliche Versteigerung eine Pfandveräußerung darstelle.[283])

Wir glauben jedoch am Anfang dieses Paragraphen nachgewiesen zu haben, daß eine Lehre, die in der öffentlichen Versteigerung eine Pfandveräußerung sieht, in der Auszahlung nur noch die Ablieferung des Erlöses erblicken kann, da der Eigentumserwerb an dem Gelde entweder schon vorher erfolgt ist (Empfangnahme) oder erst später durch Vermischung eintritt.

Das Eigentum an dem Erlös läßt das RG. tatsächlich nach dem Traditionsprinzip mit der Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher dann übergehen, wenn durch die Pfändung ein gültiges Pfandrecht entstanden ist (§§ 929, 164 BGB). Im übrigen läßt es nach dem Surrogationsprinzip des § 1247 S. 2 BGB den Erlös an die Stelle des Pfandes treten.[284])

Diese Stellungnahme des RG. zum Begriff der Auszahlung steht im Einklang mit seiner Rechtsprechung in bezug auf die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers an sich. Wenn das RG. in dem Gerichtsvollzieher auch nie schlechthin den Vertreter sieht, so neigt es doch immer dann — vorwiegend jedenfalls in den älteren Entscheidungen — zu der Annahme eines Vertretungsverhältnisses, wenn durch die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers private Rechte des Gläubigers begründet werden.[285])

Daß der Gerichtsvollzieher Vertreter des Gläubigers ist, ist vom RG. auch gerade im Hinblick auf die Empfangnahme des Erlöses ausgesprochen worden.[286])

---

281) Vgl. oben S. 38 ff.

282) Vgl. oben S. 39.

284) Vgl. RGZ. 13, 173 (181 ff.); in dieser Entscheidung handelt es sich um Pfändung und Versteigerung des Eigentums eines Dritten. Es heißt dort S. 182: „Wenn ein Schuldner seinem Gläubiger in fremden Geldstücken Zahlung geleistet hat, so kann zwar der Eigentümer dieselben von dem Empfänger vindizieren, solange letzterer sie besitzt; hat aber der Empfänger sie gutgläubig konsumiert, so ist der Schuldner durch die geleistete Zahlung befreit worden." Daraus geht klar hervor, daß der Erlös nach Auffassung des RG. an die Stelle der Pfandsache tritt, daß weiterhin der Gläubiger erst durch Vermischung Eigentümer wird. Vgl. weiterhin RGZ. 87, 321 (325).

285) Näheres siehe im § 7.

286) RGZ. 14, 81: „Denn hierdurch (ergänze durch § 720 a. F.) ist nur ausgesprochen, daß der Schuldner infolge der Ablieferung jenes Erlöses an den Gerichtsvollzieher . . . liberiert wird, weil der Gerichtsvollzieher nach § 676 ZPO (heute § 755) als Bevollmächtigter des letzteren erscheint."

Auf § 819 hat das RG. niemals den Eigentumserwerb des Gläubigers an dem Erlös gestützt. Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird durch § 819 auch nur bestimmt, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner schon mit der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher untergeht, vorausgesetzt, daß ein gültiges Pfandrecht entstanden ist.[287])

Im Gegenatz zu der bis hierher aufgezeichneten Rechtsprechung scheint folgender Satz einer Entscheidung aus dem Jahre 1911 zu stehen: „Daß nach § 819 ZPO schon die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gilt, ändert nichts daran, daß doch erst die Ablieferung des Erlöses den Gläubiger zum Eigentümer macht. (Vgl. Gaupp-Stein 8—9 Bem. zu § 819)".[288]) Es scheint mir jedoch übereilt, daraus entnehmen zu wollen, das RG. sehe in der Auszahlung einen Staatsakt, durch den kraft hoheitlicher Gewalt das Eigentum übertragen werde. Gaupp-Stein 8.—9. Aufl. Bem. zu § 819, auf den diese Entscheidung verweist, vertritt damals selbst noch eine privatrechtliche Auffassung und läßt nach § 1247 BGB den Erlös an Stelle des Pfandes treten. Es wird in dieser Entscheidung auch nur der Eigentumsübergang an dem Erlös durch Vermischung gemeint sein. Dafür spricht auch, daß das RG. in einem bereits genannten späteren Erkenntnis (RGZ. 87, 325) den § 1247 BGB zur Anwendung kommen läßt.

Obwohl das RG. schon verhältnismäßig früh die Doppelwirkung der Pfändrung erkannt hat[289]) und seit der Plenarentscheidung im 82. Bd. S. 85 den Gerichtsvollzieher auch im Verhältnis zum Gläubiger als einen mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Beamten ansieht und sich in der späteren Zeit immer mehr und mehr von dem Vertretergedanken frei macht, hat es für die Auszahlung des Erlöses daraus keine Folgerungen gezogen. Bis zum heutigen Tage liegt keine Reichsgerichtsentscheidung vor, die die Auszahlung des Erlöses als einen Statasakt erkannt hätte. Der Weg für die richtige Erkenntnis der Auszahlung wird erst dann frei sein, wenn das RG. mit der Auffassung, daß die öffentliche Versteigerung (der freihändige Verkauf) einen Pfandverkauf darstelle, endgültig gebrochen hat.

II. Zum Vergleich soll hier noch kurz auf die Ablieferung gepfändeten Geldes eingegangen werden.

Wie bereits erwähnt, ist die Besonderheit der Zwangsvollstreckung in Geld, daß eine Verwertungshandlung nicht stattzufinden braucht. Gepfändetes Geld ist nach § 815 Abs. 1 dem Gläubiger abzuliefern. Dieser Akt der Ablieferung entspricht völlig dem der Auszahlung des Erlöses nach vorangegangener Versteigerung; er hat darum im Laufe der Zeit fast durchweg dieselbe Beurteilung erfahren wie die Auszahlung selbst.

So ist man davon ausgegangen, daß der Gläubiger bereits mit der Pfändung das Eigentum an dem Gelde erwirbt. Zur Begründung hat man sich ebenso wie bei der Auszahlung darauf berufen, daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers für diesen Eigentum erwirbt.[290]) Andere wiederum

[287]) So RGZ. 40, 288 (291), 1897; 43, 178 (180/81); SA. 54 Nr. 199, S. 368 (370); JW. 1911, S. 942; s. a. RGZ. 13, 181 ff.; diese Entscheidung ist oft verkannt worden. Tatsächlich vertritt ds RG. hier die Ansicht, daß § 819 nur eine Vorschrift über den Gefahrübergang sei; allerdings läßt diese Entscheidung im Gegensatz zu den übrigen die schuldtilgende Wirkung des § 819 auch dann eintreten, wenn ein Pfandrecht nicht entstanden ist.

[288]) RG in JW. 1911, S. 942.

[289]) Vgl. oben S. 25 ff.

[290]) So u. a. Planck, Lb., Bd. 2, S. 725; Petersen (1906), § 815,3; v. Bülow (1882), § 716, 3, der allerdings fälschlicherweise von dem Gerichtsvollzieher als Mandatar spricht; vgl. dazu § 7 dieser Arbeit.

stützen den Eigentumsübergang allein auf die Fiktion des § 815 Abs. 3.[291]) Schließlich sieht man in § 815 Abs. 3 für den Fall der Pfändung mit Pfandrechtsbegründung lediglich die Brücke, die die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung ermöglicht.[292])

Diese Begründungsversuche sind die gleichen wie bei der Auszahlung des Erlöses und sind aus den bereits erörterten Gründen abzulehnen, insbesondere stellt auch der § 815 Abs. 3 lediglich eine Vorschrift über den Gefahrenübergang dar.

Richtig ist auch hier die sich immer mehr und mehr durchsetzende moderne publizistische Lehre, die in der Ablieferung die auf der Pfändung (Vertrickung) beruhende staatliche Zwangsverfügung erblickt, durch die der Gerichtsvollzieher kraft öffentlicher Gewalt im eigenen Namen das Eigentum auf den Empfänger überträgt.[293])

Die Auszahlung des Erlöses wie die Ablieferung gepfändeten Geldes sind darum ebenfalls als privatrechtsgestaltende Staatsakte aufzufassen.

Im Gegensatz zu der Auszahlung kommt das Reichsgericht hinsichtlich der Ablieferung gepfändeten Geldes bereits in der ersten Entscheidung, in der es sich über das Wesen dieses Aktes äußert, zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung. In RGZ. 56, 84 ff. (1903) bezeichnet es die Ablieferung als „den letzten Akt der Zwangsvollstreckung" und weiterhin als eine „Amtshandlung" des Gerichtsvollziehers (S. 91).

Leider äußert sich das RG. nicht über die Wirkung der Ablieferung selbst, da die genannte Entscheidung eine Stellungnahme dazu nicht erforderlich machte.

Wir glauben jedoch mit Recht annehmen zu dürfen, daß auch nach dem RG. durch die öffentlich-rechtliche Wirkung der Ablieferung das Eigentum an dem gepfändeten Gelde originär auf den Gläubiger übertragen wird. Ein vorheriger Eigentumserwerb kann nämlich, wenn wir den reichsgerichtlichen Standpunkt folgerichtig durchdenken, nicht stattgefunden haben. Mit der Pfändung kann nicht schon das Eigentum auf den Gläubiger übergegangen sein, denn der Gerichtsvollzieher handelt bei Vornahme derselben auch nach dem RG. nicht als Vertreter des Gläubigers.[294]) Für die Konstruktion eines rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs (§§ 929, 164 BGB) ist darum kein Raum. Auch hat das RG. in § 815 Abs. 2 in ständiger Rechtsprechung nur eine Vorschrift über den Gefahrübergang gesehen.[295])

§ 7.

Der Wandel der Auffassungen in bezug auf das Wesen des Gerichtsvollzieherinstituts.

Bei den einzelnen Akten der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ist uns der Gerichtsvollzieher (GV.) immer wieder als vollziehender Beamter entgegengetreten. Wenn sich auch das Aufgabengebiet des GV. keineswegs mit der Ausführung von Zwangsvollstreckungen erschöpft, so können

---

[291]) Vgl. oben Anm. 275.

[292]) So Smoira, S. 46 ff.

[293]) Keil, ZZP. 45, S. 145 ff., besonders 149; Schmidt, Lb. (1910), S. 942; Weismann, Lb., Bd. 2, S. 134; Stein, Grundfragen, S. 80 ff., 87 ff.; Stein-Jonas, § 815, III; Förster-Kann, § 815, 4; Baumbach, § 815, 2.

[294]) Vgl. § 7 dieser Arbeit.

[295]) Vgl. die in Anm. 287 genannten Entscheidungen, die zum größten Teil ebenfalls auf § 815 Bezug nehmen; außerdem noch RGZ. 63, 330 (331) und SA. Nr. 177, S. 255.

wir uns hier jedoch nur mit der Stellung des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung beschäftigen.[296])

Es ist in der Wissenschaft nie bestritten worden, daß der GV. nach den Reichsprozeßgesetzen in einem beamtenrechtlichen Anstellungsverhältnis steht, die Eigenschaft eines Beamten besitzt.[297]) Die Bezeichnung des GV. als Zustellungs- und Vollstreckungsbeamten in der Überschrift zum 12. Titel des GVG. und insbesondere der § 154 das., welcher von dem „mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher)" spricht, ließen eine andere Annahme nicht zu. Schließlich sprechen u. a. auch die genaue Regelung der Gerichtsvollzieherlaufbahn[298]) und die Unterstellung des GV. unter die Dienstaufsicht des aufsichtsführenden Richters des Amtsgerichts[299]) zwingend für die Beamteneigenschaft des GV.[300])

Wenn gegenüber dieser gesetzlichen Regelung auch ein ernstlicher Zweifel an der Beamteneigenschaft des GV. als solcher nicht laut werden konnte, so waren doch die Meinungsverschiedenheiten um so größer hinsichtlich der Beurteilung des Verhältnisses des GV. zum Gläubiger, d. h. aller derjenigen Beziehungen, die den Gläubiger mit dem GV. nach Erteilung des Vollstreckungsauftrags verbinden.

Bald nach dem Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung finden sich in bezug auf dieses Verhältnis die verschiedensten Auffassungen vor, von einer rein privatrechtlichen bis rein öffentlich-rechtlichen Lehre. Und doch kann ohne Schwierigkeiten die im folgenden dargestellte Entwicklungslinie festgestellt werden.

Anfangs faßt man die Rechtsbeziehungen des Gläubigers zum GV., soweit sie das Innenverhältnis betreffen, als ein Auftragsverhältnis auf. Der GV. erscheint daher als Beauftragter (Mandatar), der Gläubiger als Auftraggeber (Mandant).[301]) Als nach dem Inkrafttreten des BGB, nach welchem zum Wesen des Auftrags dessen Unentgeltlichkeit gehört (§ 662), sich die Auffassung, daß der GV. zum Gläubiger gerade in einem Auftragsverhältnis stehe, nicht mehr halten läßt, nimmt man einen Werkvertrag bzw. einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 611, 631, 675 BGB), an.[302])

Die Anhänger der Mandatstheorie begnügen sich jedoch nicht mit einer privatrechtlichen Erklärung des Innenverhältnisses, sondern tragen auch in das Außenverhältnis, d. h. in die Stellung des GV. zum Schuldner und Dritten, privatrechtliche Gedankengänge hinein. So erblicken sie in dem GV. auch den Vertreter des Gläubigers.[303])

Ob es sich bei der Vertretungsmacht des GV. um eine gewillkürte oder ge-

---

[296]) Hinsichtlich der Obliegenheiten des GV. vgl. §§ 19, 45 ff., 87 ff., 98 ff., 106, 111, 112, 123, 127—128, 132—134 der pr. Gesch. Anw. f. GV. vom 24. 3. 1914 (JMBl. 1914, S. 342 ff.).

[297]) Siehe statt aller Baumbach, Vorb z. § 154 GVG.

[298]) Vgl. §§ 1, 6, 7, 12 pr. GVO. v. 24. 3. 1914 (JMBl. 1914, S. 289 ff.).

[299]) § 32 pr. GVO.

[300]) Über das Anstellungsverhältnis der GV. in den einzelnen Ländern vgl. Rottmann, S. 20 ff., v. Lenski, S. 5 ff.

[301]) Das Auftragsverhältnis bejahen u. a. Dunkhase, Arch. Ziv. Prax. 77, 104 (1891); Falkmann-Mugdan, S. 285; Francke, ZZP. 5, S. 218 (1882); v. Glasenapp, Gruchots Beitr. 24, 248 (1880); Petersen-Anger, § 753, 2 (1906); Kühne, Gruch. Beitr. 23, 503 (1879); Reincke, § 753, II a (1910); Rottmann, S. 31 ff.; Rudolph, Jherings J. 20, 409 (1882); Schultze, Privatrecht und Prozeß, S. 68; Seuffert, ZZP. 11, 196 (1887); Struckmann-Koch (1910), § 753, 1; Wach, Hdb. Bd. 1, S. 322; Vorträge, S. 329.

[302]) Vgl. Rottmann, S. 29.

[303]) Vgl. oben Anm. 301, insbesondere siehe Dunkhase a. a. O., S. 104—105, 108 ff.; Rottmann, S. 43 ff.; Schultze, a. a. O., S. 70, der sogar in dem Richter den Beauftragten des Gläubigers sieht (S. 68); Wach, Hdb. 1, S. 322.

setzliche handelt, wird nicht immer klar erkennbar.[304]) Zugegeben wird jedoch, daß die Vertretungsbefugnis nicht weiter geht, als das Gesetz es bestimmt.

Auch die privatrechtliche Lehre verkennt nicht, daß die Vollstreckungshandlungen dem Schuldner und Dritten gegenüber Ausübung der Amtsgewalt des GV. als Vollstreckungsbeamten sind, betont jedoch, daß dies nicht gegen die Vertretereigenschaft des GV. spreche.[305])

Es ergibt sich also die Vorstellung, daß die Tätigkeit des GV. von seiten des Schuldners und Dritten aus gesehen sich als Amtshandlung, von seiten des Gläubigers aus als Vertretertätigkeit darstellt. Verständlich wird diese Anschauung vielleicht, wenn man sich eine Münze vorstellt, die, je nachdem von welcher Seite man sie betrachtet, ein anderes Bild zeigt.

Folgendes wird zur Rechtfertigung der privatrechtlichen Lehre immer wieder angeführt:

Zur Begründung des Mandatsverhältnisses stützt man sich in erster Linie auf die Ausdrucksweise des Gesetzes, das von „Auftrag" (§§ 753, 674 a. F.; 754, 675 a. F.; 755, 676 a. F.; 847, 746 a. F.), „Beauftragung" (§ 754) und „Auftraggeber" (§§ 826, 727 a. F.) spricht.

Weiterhin glaubt man bestimmte Einzelvorschriften der ZPO (bes. §§ 815 Abs. 3, 819) nicht anders als mit der Annahme eines Auftrags- und Vertretungsverhältnisses erklären zu können.[306])

Darüber hinaus führt man die Motive[307]) zur ZPO und die geschichtliche Entwicklung zur Begründung an, indem man ausführt, das Gerichtsvollzieherinstitut sei von dem Gesetzgeber in Anlehnung an die Rechtseinrichtung des französischen „huissier" gestaltet worden.[308])

Für die Vertretereigenschaft des GV. fehlt es, wenn man von dem Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes absieht, zumeist an jeder Begründung.[309])

Mit dem Auftrag glaubt man ohne weiteres auch die Vertretungsmacht des GV. bejahen zu können.

Eine Begründung für die Annahme eines privatrechtlichen Außenverhältnisses vermögen tatsächlich auch nur die zu geben, die in dem Gläubiger den Träger der Vollstreckungsgewalt sehen, oder die, die zwar in dem Staat den Träger der Zwangsgewalt erblicken, jedoch annehmen, daß dieser sein Zwangsrecht auf den Gläubiger übertragen habe.[310]) Denn nur dann, wenn der Gläubiger selbst Inhaber des Rechts zur Zwangsvollstreckung ist oder geworden ist, kann er dieses Recht durch einen anderen als seinen Vertreter ausüben lassen.

Das ausschlaggebende Moment bei fast allen Vertretern der privatrechtlichen Lehre, sowohl für die Annahme eines Mandats- wie Vertretungsverhältnisses, ist u. E. die Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher „im Interesse" des Gläubigers tätig wird und durch die Vollstreckungshandlungen des GV. Privatrechte des Gläubigers (insbesondere das Pfandrecht) begründet werden.[311])

Die Begründung der privatrechtlichen Lehre hält einer Prüfung nicht stand.

---

304) Gewillkürte Vertretung nimmt an Wach, Hdb. 1, S. 322, Anm. 28; ebenso anscheinend Rottmann, S. 43; gesetzliche Vertretung wird vertreten u. a. von Dunkhase, a. a. O.

305) Wach, Hdb. 1, S. 322; Rottmann, S. 50; Dunkhase, a. a. O., S. 108.

306) Vgl. statt aller Dunkhase, a. a. O., S. 104, und v. Glasenapp, Gruchots Beitr. 24, 248.

307) Hahn, 2. Bd. 1. Abtlg. (1881), S. 440, 842; dagegen Thiem, S. 19 ff., der seinerseits nachweist, daß die Motive nicht notwendig zugunsten der Mandatstheorie gedeutet werden müssen.

308) Vgl. Seuffert, ZZP. 11, 196.

309) v. Damm, ZZP. 42, 516; Rottmann, S. 44, die sich auf den Wortlaut berufen; § 755 gebraucht den Ausdruck „ermächtigen", in § 754 wird von „Beauftragung" offenbar im Sinne von Ermächtigung gesprochen.

310) Vgl. oben S. 14.

311) Vgl. v. Glasenapp, ZZP. 5, 218; Dunkhase, a. a. O., S. 108; Westerburg, Gruchots Beitr. 23, 874, der zwar für das Außenverhältnis eine öffentlich-rechtliche Auffassung vertritt, sich jedoch von der Annahme eines Mandats nicht freimachen kann.

Zur Stützung der Annahme eines Mandats ist der Hinweis auf die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht geeignet. Das Wort „Auftrag" ist vom Gesetzgeber nicht im rein technischen Sinne gebraucht, sondern in dem allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens. Auftrag „bezeichnet im Verkehr nicht mehr, als die Veranlassung zu einer Tätigkeit; welche juristische Bedeutung diese Veranlassung hat, ist mit dem Worte Auftrag noch nicht gesagt".[312]) Tatsächlich verwendet die Gesetzessprache den Ausdruck im verschiedenen Sinn. So wird vom „beauftragten" Richter, von dem mit der Wahrnehmung von richterlichen Geschäften beauftragen Referendar und von „Parteiaufträgen" und „amtlichen Aufträgen" gesprochen.[313]) Daß bei dem Richter der Gedanke an ein privatrechtliches Verhältnis ausgeschlossen und auch niemals ernstlich erwogen worden ist, bedarf keiner näheren Ausführung. Der Auftrag des Gläubigers an den GV., die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ist „in Wahrheit ... die einseitige Erklärung, ... eine Prozeßhandlung, durch die der staatliche Rechtsschutz nachgesucht wird. Ihre Wirkung ist nicht privatrechtlich, sondern prozeßrechtlich".[314]) Der „Auftrag" entspricht also dem „Antrag" bei dem Vollstreckungsgericht. Damit verliert die Mandatstheorie ihre bedeutendste Stütze.

Die Motive des Gesetzgebers können zwar Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes bei zweifelhaften Fällen haben, wenn aber das Gesetz offenbar eine andere Regelung getroffen hat, können auch die Motive demgegenüber keine Berücksichtigung finden. Das gleiche gilt bezüglich des Hinweises auf die geschichtliche Entwicklung. Wenn das Gerichtsvollzieheramt auch in Anlehnung an das Institut des „huissier" geschaffen worden ist — was nicht in Zweifel gezogen werden kann —, so ist damit noch nichts hinsichtlich der tatsächlichen Regelung bewiesen.[315]) Daß die ZPO auf einem anderen Standpunkt steht, werden spätere Ausführungen beweisen.

Daß die §§ 815 Abs. 3, 819 keinen Beweis für ein privatrechtliches Innen- wie Außenverhältnis erbringen können, glauben wir bereits oben S. 48 ff. nachgewiesen zu haben.

Darüber hinaus sprechen jedoch grundsätzliche Erwägungen gegen die Annahme eines Vertragsverhältnisses. Bezeichnend für die Verfechter eines Mandatsverhältnisses ist, daß sie meistens nur die einzelnen Merkmale des Innenverhältnisses hervorheben, ohne auf den Vertragsabschluß selbst einzugehen.[316]) Alle behaupteten zivilrechtlichen Verhältnisse sind zweiseitige Rechtsgeschäfte, bedürfen also zu ihrem Abschluß des Angebots und der Annahme. Die Auftragserteilung des Gläubigers bezweckt jedoch nicht die Annahme seiner Erklärung durch den GV. und damit die Annahme eines Vertrages. Eine solche Willensrichtung liegt dem Gläubiger fern, da er weiß, daß der GV. auf Grund seines staatlichen Dienstverhältnisses den Vollstreckungsauftrag annehmen muß und daß ihm, wenn der GV. sich trotzdem weigert, die Beschwerde an den aufsichtsführenden Richter oder die Erinnerung (§ 766) offen steht.[317]) Selbst wenn man einen Vertragsantragswillen beim Gläubiger noch annehmen wollte, so bedarf der Vollstreckungsauftrag doch nicht der Annahmeerklärung auf seiten des Gerichtsvollziehers, da dieser auf Grund seiner Amtspflicht zum

---

312) Hellwig, Lb. 2, S. 110 (1907).

313) Diese Beispiele sind Hellwig, a. a. O., entnommen, der als erster auf diese Tatsache nachdrücklichst hingewiesen und auch keinen Widerspruch gefunden hat.

314) Hellwig, a. a. O., S. 112.

315) Über die Übereinstimmung und die Unterschiede des Gerichtsvollzieherinstituts mit dem huissier vgl. Paschold, S. 3 ff.

316) Den Vertragsabschluß nachzuweisen, bemüht sich als einer der wenigen Rottmann, S. 31 ff.

317) v. Lenski, S. 12 ff.

Tätigwerden verpflichtet ist.[318]) Damit fehlt zugleich das wesentliche Moment der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit beim Abschluß eines Vertrages. Der GV. ist zur Annahme verpflichtet,[319]) der Gläubiger ist nicht frei in der Auswahl des GV., er muß sich an den zuständigen Beamten wenden, den er oft nicht einmal vorher kennt, sondern der ihm durch Vermittlung der Verteilungsstelle zugewiesen wird (§ 44 pr. GVO).

Auch von einer freien Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten kann hier keine Rede sein. Die Zwangsvollstreckung nimmt, ist erst einmal der Antrag gestellt, ihren vorgeschriebenen gesetzlichen Verlauf. Für Anweisungen ist nur insoweit Raum, als das Gesetz es bestimmt. Auch das steht im Widerspruch zu dem Begriff des Rechtsgeschäfts.[320])

Noch viel weniger hält die Annahme eines privatrechtlichen Außenverhältnisses einer Prüfung stand. Wie bereits oben erwähnt worden ist, bejahen die meisten Mandatstheoretiker mit dem Auftragsverhältnis ohne weiteres die Vertretereigenschaft des GV. Dies ist darauf zurückzuführen, daß man Auftrag und Vollmacht, d. h. „die durch Rechtsgeschäfte erteilte Vertretungsmacht",[321]) damals noch nicht unterschied.[322])

Aus der heute allgemein durchgeführten Unterscheidung ergibt sich, daß wir zwar aus unserer Widerlegung des privatrechtlichen Innenverhältnisses noch nichts für eine Verneinung des privatrechtlichen Außenverhältnisses gewinnen können.

Die Ablehnung einer Vertretung ist jedoch aus allgemeinen Erwägungen heraus gerechtfertigt.

Eine Vertretung setzt begrifflich voraus, daß eine vertretbare Handlung vorliegt, d. h. der Vertretene muß in seiner Person die Fähigkeit besitzen, die Handlung, die der Vertreter vornehmen soll, auch selbst vornehmen zu können.[323]) Der Gläubiger müßte also das Recht haben, die Zwangsvollstreckung selbst durchzuführen. In § 3 dieser Arbeit ist gezeigt worden, daß nach der heute allein möglichen Auffassung nur der Staat Inhaber sämtlicher Zwangsgewalt sein kann. Hat jedoch der Gläubiger nicht das Recht zur Vollstreckung, dann kann auch nicht von einer Vertretung des Gläubigers durch den GV. gesprochen werden; das hieße nichts anderes, als daß der Gläubiger durch den Staat selbst vertreten würde.

Dieses Ergebnis kann auch nicht durch den Hinweis auf die Vertretung Handlungsunfähiger umgestoßen werden.[324]) Ein Vertreter kann zwar Fähigkeiten ersetzen, die dem Vertretenen fehlen, er kann jedoch — wie es bei dem GV. der Fall ist — dem Vertretenen keine Rechte verschaffen, die diesem nicht gebühren, oder Rechte für ihn ausüben, die ihm nicht zustehen.[325])

Weiterhin ist eine Vertretung nur bei rechtsgeschäftlichen Handlungen möglich.[326])

---

318) Hellwig, Lb. T. 2, S. 112, 116; Geib, S. 76; v. Schrutka-Rechtenstamm, Grünh.Z. 16, 682.

319) Darüber, daß diese Tatsache auch nicht mit der Konstruktion des sog. Kontrahierungszwanges aus der Welt geschafft werden kann, vgl. v. Lenski, S. 22 ff.

320) Zum Begriff des Rechtsgeschäfts vgl. RGZ. 68, 322 (324).

321) Unter der unmittelbaren Stellvertretung versteht man die Abgabe oder den Empfang einer Willenserklärung für einen anderen in dessen Namen, d. h. so, daß die Wirkungen des Geschäfts unmittelbar diesen treffen, vgl. Ennecc.-Nipperdey, S. 543 ff., 563.

322) Unklare Vorstellungen über Auftrag und Vollmacht finden sich insbesondere bei Dunkhase, a. a. O., S. 108, v. Glasenapp, Gruch. Beitr. 24, 248—49; vgl. auch § 754.

323) Vgl. v .Lenski, S. 31.

324) Das versucht Rottmann, S. 46.

325) Hellwig, Lb. 2, 108; Geib, S. 80; v. Lenski, S. 34.

326) Daß es nur eine rechtsgeschäftliche Vertretung gibt, ist herrschende Lehre; Planck, Vorbem. 3 zu § 164 BGB; RGR-Komm., Vorbem. 1 zu § 164 BGB; abweichend Soergel, Vorbemerkung 3 zu § 164 BGB.

In den vorhergehenden Paragraphen ist nachgewiesen worden, daß es sich bei der Pfändung, der Verwertung und der Auszahlung des Erlöses nicht um Rechtsgeschäfte, sondern um öffentlich-rechtliche Akte handelt. Damit entfällt auch die zweite notwendige Voraussetzung für die Annahme einer Vertretung.

Auch handelt der GV. weder im Namen noch im ausschließlichen Interesse des „Vertretenen".

Eines dieser Merkmale muß jedoch zumindest vorliegen, ehe ein Vertretungsverhältnis bejaht werden kann.[327]) Der GV. hat neben den Interessen des Gläubigers auch die des Schuldners zu wahren (vgl. §§ 811, 812, 818, 820) und handelt als Beamter im eigenen Namen.

Schließlich haben wir schon wiederholt Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, daß die Tatsache der Privatrechtsbegründung keinen Beweis für die privatrechtliche Natur eines Instituts abgeben kann.

Diese Gründe, denen gegenüber sowohl die Annahme eines pritarechtlichen Innen- wie Außenverhältnisses unhaltbar ist, führten schließlich eine öffentlich-rechtliche Lehre, die sog. Amtstheorie, zur Herrschaft.

Ehe diese jedoch näher dargestellt werden kann, muß zweier vermittelnder Theorien kurz gedacht werden, die, offenbar in dem Bestreben, die Gegensätze zwischen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Lehre zu überbrücken, sich entwickelt haben.

Die eine dieser vermittelnden Lehren nimmt an, daß der GV. zwar zivilrechtlicher Beauftragter, aber kein Vertreter des Gläubigers sei.[328])

Obwohl Förster-Kann das Außenverhältnis als ein rein öffentlich-rechtliches auffaßt, glaubt er auf die Annahme eines privatrechtlichen Auftragsverhältnisses a. a.O. nicht verzichten zu können, gibt jedoch zu, daß der GV. „zur Übernahme von Aufträgen im allgemeinen verpflichtet ist" und der übernommene Auftrag nach den Anweisungen des Auftraggebers nur insoweit ausgeführt werden kann, „sofern sie nicht dem Gesetz oder der Geschäftsordnung widersprechen oder mit dem Wesen der Gerichtsvollziehertätigkeit unvereinbar sind".[329])

Indem die Vertreter der vermittelnden Theorie diese Einschränkungen zugeben, entfernen sie sich schon von der Annahme eines rein privatrechtlichen Innenverhältnisses und kommen auch hier zu einer gemischten Lehre.

Die andere gemischte Theorie verneint umgekehrt gerade das privatrechtliche Innenverhältnis und bejaht nur die Vertretereigenschaft des GV.[330])

Riehl a. a. O. kommt zu der Bejahung eines privatrechtlichen Außenverhältnisses lediglich durch die wiederholt als irrtrümlich gegeißelte Auffassung, daß die Entstehung privatrechtlicher Rechte bei der Zwangsvollstreckung nur durch die Annahme eines Vertretungsverhältnisses erklärt werden könne.

Zur Widerlegung der gemischten Theorien sind keine weiteren Ausführungen erforderlich, da ihnen gegenüber die gleichen Gründe Geltung haben, die auch die Annahme einer rein privatrechtlichen Lehre verbieten.

So ist denn schließlich in Überwindung aller übrigen Auffassungen die Amtstheorie immer mehr und mehr zur Herrschaft gelangt.[331])

---

[327]) Zum Teil wird im Schrifttum sowohl ein Handeln im Namen als im Interesse des Vertretenen gefordert; vgl. Planck, § 164; dies ist jedoch nicht unbestritten.

[328]) So Förster-Kann, § 753, 4—6; hier ist auch Seuffert (1907), § 166, 4 zu nennen, der allerdings ein Vertragsverhältnis nach §§ 631, 675 BGB annimmt.

[329]) Dieselben Einschränkungen bzg. des entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverhältnisses muß auch Seuffert a. a. O. machen.

[330]) Riehl, ZZP. 17, 37, s. a. 35 ff., materiell-rechtliche Voraussetzungen, S. 70, s. a. S. 68 ff.

[331]) Die öffentlich-rechtliche Lehre wird vertreten u. a. von Voß, Gruchots Beitr. 23, 240 ff. (1879); Arch.-Ziv.-Pr. 66, 180 ff. (1883); Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. 2, S. 319, 519

Nach dieser publizistischen Auffassung ist der GV. im Verhältnis zum Gläubiger weder Beauftragter noch Vertreter, sondern handelt als Beamter im Rahmen und kraft der ihm zustehenden hoheitlichen Amtsgewalt im eigenen Namen. Der GV. wird als Organ des Staates tätig auf Grund seiner öffentlich-rechtlichen Beamtenpflicht. Der Antrag des Gläubigers ist nicht die rechtliche Grundlage für sein Handeln, sondern nur der äußere Anlaß.

Wenn auch ein allgemeines Vertretungsverhältnis zwischen GV. und Gläubiger bei Vornahme der Zwangsvollstreckung mit Recht geleugnet wird, so ist damit noch nicht gesagt, daß der GV. auch nicht bei bestimmten einzelnen Handlungen als Vertreter angesehen werden kann.

So wird von einem Teil der Vertreter der Amtstheorie ein gesetzliches Vertretungsverhältnis zwischen GV. und Gläubiger bei den Handlungen angenommen, die „praktisch ebensogut vom anwesenden Gläubiger vorgenommen werden könnten".

Zur Begründung beruft man sich darauf, daß diese Tätigkeit keine staatliche Zwangsvollstreckung darstelle, man denkt hier besonders an die Entgegennahme freiwilliger Leistung und Quittungserteilung (§ 754) und an das Angebot der Gegenleistung (§ 756).[332])

Der andere Teil der öffentlich-rechtlichen Vertreter leugnet auch bei den oben näher bestimmten Handlungen die Vertretereigenschaft des GV., weil dieser auch hier in Ausübung staatlichen Hoheitsrechts handele. Auch zu diesen Handlungen sei der GV. kraft seiner Amtspflicht verpflichtet.[333])

Wenn auch gerade hier von einem feststehenden wissenschaftlichen Forschungsergebnis noch nicht gesprochen werden kann, so scheint uns doch in dem dargelegten begrenzten Umfange die Annahme einer Parteivertretung gerechtfertigt zu sein. Der wichtigste Grund, der uns oben zur Ablehnung eines Vertretungsverhältnisses veranlaßte, war der, daß keine vertretbare Handlung vorlag. Dieser fällt hier fort. Auch handelt es sich bei der Tätigkeit des GV. in diesen Fällen um rechtsgeschäftliche Handlungen. Allerdings muß hervorgehoben werden, daß es sich nicht um gewillkürte, sondern um gesetzliche Vertretung handelt, da die ZPO ihren Umfang von vornherein festlegt (§§ 755). Doch wird man auch bei den „außerhalb der Vollstreckung i. e. S. liegenden Handlungen" keine Haftung des Gläubigers nach § 831 bei widerrechtlicher Ausübung durch den GV. annehmen dürfen, da der Vollstreckungsantrag, der zu dem gesetzlichen Vertretungsverhälnis führt, nicht als Bestellung zu den in §§ 754, 756 bezeichneten Verrichtungen aufgefaßt werden kann.[334]) Schließlich ist noch zu erwähnen, daß bei allen Vertretern der Amtstheorie Einstim-

(1896); Hellwig, Lb. Bd. 2, S. 106 ff.; R. Schmidt, Lb., S. 915 ff.; von Schrutka-Rechtenstamm, Grünh.Z. 13, 567 ff. (1886), 16, 673 ff (1889); Weismann, Bd. 2, S. 80 ff.; Walter, JW. 1886, S. 336 ff.; Riedinger, S. 3; Nessel, Gruchots Beitr. 28, 99; Planck, Lb., Bd. 1, S. 136; Kleinfeller, Lb., S. 79 ff. (1905); Kisch, Dt. Zivilprozeßrecht, Bd. 3, S. 49; Fischer-Fischerhof, S. 38 ff.; v. Lenski, S. 9 ff., insbes. S. 29 ff., 40; Paschold, S. 22, 26; Vogler, S. 11 ff.; Thiem, S. 18 ff., 38 ff.; Baumbach, Vorbemerk. 2 zu § 154 GVG., er bezeichnet die öffentlich-rechtliche Theorie als die seit RGZ. 82, 85 ganz herrschende Meinung; Stein-Jonas, § 753, I, II; Seuffert-Walsmann, § 166, 4, § 753, 1; vgl. auch Geib, S. 75 ff., der allerdings den GV. als „Ausübungswerkzeug" des Gläubigers bezeichnet (S. 75); dies ist auf seine unhaltbare Annahme, daß der Vollstreckungsanspruch auch eine Richtung gegen den Schuldner habe, zurückzuführen; vgl. dazu Anm. 66.

[332]) Fischer-Fischershof, S. 39; Stein-Jonas, § 754 II; Vogler, S. 38 ff.; Paschold, S. 22 ff.; Hellwig-Oertmann, Teil 2, S. 150; Sattelmacher-Lentz, Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen (1930), S. 6.

[333]) Hellwig, Lb. 2, S. 114; Geib, S. 82; Förster-Kann, § 753,6 Seuffert-Walsmann, § 753,1; Baumbach, § 753, 1.

[334]) Vgl. Stein-Jonas, § 755, III.

migkeit darüber herrscht, daß Vertretung des Gläubigers bei all denjenigen Handlungen vorliegt, die sich nicht aus der Vollstreckungsbefugnis des GV. ergeben und zu denen dieser einer besonderen Ermächtigung des Gläubigers bedarf. Hierher gehören die Verträge, die bei Gelegenheit der Zwangsvollstreckung abgeschlossen werden, wie z. B. Vergleiche, Erlaßverträge, Annahme an Zahlungs Statt usw.[335])

Zusammenfassend ergibt sich demnach: Grundsätzlich (bei Vornahme der Zwangsvollstreckung i. e. S.) ist der GV. nur Beamter, der kraft der ihm zustehenden Amtsgewalt im eigenen Namen handelt; im beschränkten Umfange (§§ 754, 756) jedoch ist er gesetzlicher und bei den Verträgen, die gelegentlich der Zwangsvollstreckung auf Grund einer besonderen Ermächtigung vorgenommen werden, gewillkürter Vertreter des Gläubigers, welchem gegenüber er auch dann auf Grund eines privatrechtlichen Innenverhältnisses (§§ 611, 675 BGB) zum Tätigwerden verpflichtet ist.

Um die wichtige Frage nach der Haftung des GV. entscheiden zu können, war das Reichsgericht ständig gezwungen, sich auch über das Wesen des Gerichtsvollzieherinstituts zu äußern. Die höchstrichterliche Rechtsprechung auf diesem Gebiete ist darum besonders reichhaltig.

Bereits in einer Entscheidung vom 5. Juni 1883 (RGZ. 9, 361 ff.) findet der 3. Zivilsenat Gelegenheit zu einer ausführlichen Stellungnahme.

Unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes („Auftrag") und die Motive geht diese Entscheidung davon aus, „daß der Gerichtsvollzieher Beauftragter des Gläubigers ist". Nachdem Einzelheiten über den Umfang des Auftrags und seine rechtlichen Wirkungen ausgeführt worden sind, heißt es: „Soweit in allen diesen, vom Gesetze näher angegebenen Beziehungen der GV. für den Gläubiger handelt,[336]) tut er es als dessen Beauftragter, und haftet als solcher nach den Regeln vom Auftrage für seine Handlungen und Unterlassungen ... Weiter aber, als das Gesetz es bestimmt, geht die Vertretungsbefugnis des Gerichtsvollziehers nicht" (S. 363).

Diese Entscheidung, die nicht frei von Widersprüchen ist, führt offenbar die Trennung von Auftrag und Vollmacht nicht scharf durch. Soviel wird jedoch erkennbar, daß eine gewillkürte Vertretung abgelehnt und eine gesetzliche angenommen wird. Allerdings wird die Vertretereigenschaft des GV. nicht schlechthin, sondern nur für die Fälle bejaht, in der durch die Gerichtsvollziehertätigkeit unmittelbar in der Person des Gläubigers privatrechtliche Wirkungen begründet werden.

Zwar verkennt der 3. Senat nicht, „daß der Gerichtsvollzieher nicht bloß Beauftragter des Gläubigers, sondern gleichzeitig Beamter ist", läßt jedoch für das Verhältnis zum Gläubiger die Beamteneigenschaft nicht maßgebend sein (S. 363—364).

Zum erstenmal wird hier die Doppelstellung des GV., die in der Rechtsprechung des RG. späterhin eine so große Rolle spielen sollte, spürbar.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt der 4. Zivilsenat in RGZ. 10, 233 ff. (Urteil vom 17. 11. 1883), offenbar in Unkenntnis der vorherigen Entscheidung.

Unter Bezugnahme auf das Gesetz (§§ 155, 156 GVG), die pr. GVO vom

---

335) Hellwig, Lb. 2, S. 113 ff.; Geib, S. 81; Seuffert-Walsmann, § 753, 1; v. Lenski, S. 40.
336) Gemeint sind die Fälle der §§ 675, 709, 716, 720 a. F.

14. 7. 1879 und die Motive betont der erkennende Senat a. a.O., daß der GV. „seine Machtbefugnis vom Staate entlehnt, einen Teil des öffentlichen Imperiums, das ist der obrigkeitlichen Gewalt, ausübt und daher — in den Grenzen dieser öffentlichen Gewalt — die Eigenschaft eines Staatsbeamten hat", also als ein Vollstreckungsorgan mit staatlicher Beamtenqualität tätig wird (S. 234).

In dem nach der ZPO für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen „Auftrag" des Gläubigers und in der Tatsache, daß das Gesetz „den — als in Vertretung des Gläubigers — vorgenommenen Handlungen des Gerichtsvollziehers rechtliche Wirkungen für den Auftraggeber beilegt", sieht diese Entscheidung nur „die zivilrechtlichen Konsequenzen aus dem der Prozeßordnung zugrunde liegenden Prinzipe des Prozeßbetriebes durch die Partei" (S. 235). Ganz unberührt davon soll darum die Eigenschaft des GV. als Träger eines öffentlichen Staatsamtes bleiben, ebenso wie seine Handlungen nicht losgelöst von seiner öffentlich-rechtlichen Stellung betrachtet werden dürfen (S. 235).

Damit lehnt der 4. Senat ein Vertretungsverhältnis zwischen Gläubiger und GV. schlechthin ab, aber auch der Annahme eines privatrechtlichen Mandats ist damit der Boden entzogen. Es ist darum nur eine logische Folgerung, wenn dieses Urteil den GV. nicht nach den Grundsätzen eines zivilrechtlichen Vertrages unmittelbar, sondern nur als Beamten subsidiär haften läßt (S. 225). Allerdings nimmt auch der 4. Senat ohne jede weiteren Ausführungen ein „nebenbei" bestehendes zivilrechtliches Auftragsverhältnis noch an (S. 234).

Die sich widersprechenden Erkenntnisse des 3. und 4. Zivilsenats führen zu dem Beschluß der Vereinigten Zivilsenate vom 10. 6. 1886 (RGZ. 16, 396 ff.).

Dieser Beschluß bestätigt die Auffassung des 3. Senats: „Die Ansicht, daß die Rechtsstellung des GV. auch dem Gläubiger gegenüber ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter zu beurteilen sei", wird für nicht zutreffend erachtet, „weil durch die Zivilprozeßordnung das Rechtsverhältnis des GV. zu dem ... Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandats gesetzlich geregelt ... und daher seine Vertretungspflicht nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen sich richtet" (S. 400). Im wesentlichen gibt der Beschluß dieselbe Begründung wie RGZ. 9, 361 ff.; erstmalig jedoch wird auf die Entstehungsgeschichte des Gerichtsvollzieherinstituts Bezug genommen.

Auf Jahrzehnte hinaus beherrscht diese Plenarentscheidung die Rechtsprechung des RG. Dennoch ließ auch dieser Beschluß die Möglichkeit für eine öffentlich-rechtliche Entwicklung des Gerichtsvollzieherinstituts offen.

Das Außenverhältnis ist vom RG. — auch von RGZ. 9, 361 ff. und 16, 396 ff. — nie rein privatrechtlich als ein Vertretungsverhältnis schlechthin aufgefaßt worden. „Übrigens folgt daraus, daß der Gerichtsvollzieher ... als Beauftragter des Gläubigers anzusehen ist, nicht, daß er unbeschränkt als dessen Vertreter handele. In der Zivilprozeßordnung ist bestimmt, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimiert wird; darüber hinaus hat er eine Vertretungsbefugnis kraft des Gesetzes nicht" (RGZ. 16, 406).

Tatsächlich hat das RG. im Gegensatz zur Wissenschaft das Vertretungsverhältnis nie erweitert, sondern ständig darauf hingewiesen, daß der GV. in der Zwangsvollstreckung das „staatliche Zwangsrecht" ausübt, von dem ihm verliehenen „Imperium" Gebraucht macht.[337]) So ist immer wieder entschieden worden, daß die Kenntnis des GV. von der Zahlungseinstellung oder der Kon-

[337]) RGZ. 16, 409; 17, 332 (333).

kurseröffnung des Schuldners dem Gläubiger nicht schadet, der GV. insoweit nicht als Vertreter des Gläubigers zu gelten hat.[338])

Aber auch in bezug auf das Mandatsverhältnis zwischen Gläubiger und GV. sind in RGZ. 16, 396 ff. bereits Ansätze für eine öffentlich-rechtliche Entwicklung vorhanden. Es wird zugegeben, daß „die Grundsätze über das Mandat in einzelnen Beziehungen Modifikationen erleiden müssen, soweit solche durch das öffentliche Amt des GV. und die rechtlichen Normen über den Gegenstand, das Maß und die Form der Zwangsvollstreckung erforderlich erscheinen", daß insbesondere der GV. zur Annahme des Auftrags verpflichtet ist (S. 406).

Diese Gedankengänge werden von dem 4. Senat, der sich nur mit einem gewissen Sträuben der Entscheidung des Vereinigten Zivilsenats fügt, bereits in RGZ. 17, 332 ff. (1887) — die dort behandelte Sache hat die Veranlassung zu dem Beschluß vom 10. 6. 1886 gegeben — aufgegriffen und seiner öffentlich-rechtlichen Grundanschauung dienstbar gemacht. „Der Umstand, daß das Verhältnis zu dem Beklagten [339]) nach den privatrechtlichen Grundsätzen des Vollmachtsauftrags zu beurteilen ist, schließt nicht aus, daß die Tätigkeit des Beklagten, durch welche er sich bei der Ausführung dieses Auftrags des Klägers demselben nach den Grundsätzen vom Auftrage verantwortlich machte, eine durch den Auftrag veranlaßte Amtshandlung war. Durch sein Amt war er verpflichtet, den Auftrag den Gesetzen und der Amtsinstruktion gemäß zu erledigen" (S. 333). Der 4. Senat vertritt also eine Lehre der Doppelstellung des GV., so wie er sie versteht: nach außen ist der GV. lediglich Beamter, im Verhältnis zum Gläubiger teils Beauftragter, teils Beamter. Wenn dieser Senat auch die vertragliche Haftung des GV. anerkennen muß,[340]) so vermeidet er jedoch, irgend eine weitere praktische Folgerung aus dem Mandatsverhältnis zu ziehen. So bejaht er in RGZ. 17, 332 ff. für die Ansprüche gegen den GV. wegen pflichtwidriger Ausführung des Zwangsvollstreckungsauftrags die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts gemäß §§ 71 Abs. 3 (70 Abs. 3 a. F.) GVG, 39 Nr. 3 pr. AGGVG vom 24. 4. 1878 und weiterhin die Zulässigkeit der Revision ohne Rücksicht auf den Streitwert (§ 547 Ziff. 3, 509 a. F.). Damit bringt der 4. Senat zum Ausdruck, daß der GV. im Innenverhältnis eben nicht nur Mandatar, sondern auch Beamter ist. An dieser Auffassung hält er auch für die Zukunft fest.[341])

Der Ansicht des 4. Senats scheint auch der 2. Zivilsenat zuzuneigen, wenn er — nachdem er festgestellt hat, daß der GV. eine Doppelstellung einnimmt, „die des Staatsbeamten und die des Mandatars" — betont, daß in keiner reichsgerichtlichen Entscheidung gesagt worden ist, „daß der Gerichtsvollzieher im Verhältnis zum Gläubiger nicht Beamter, sondern n u r Beauftragter sei".[342])

Wiederum mehr privatrechtlich orientiert sind dagegen die Entscheidungen des 6. Zivilsenats vom 8. 4. 1897 (RGZ. 39, 160 ff.) und die des 3. vom 14. 3. 1899 (RGZ. 43, 178 ff. = SA. 54, S. 368, Nr. 199).

Diese Urteile bringen nichts wesentlich Neues, sondern führen nur in bezug auf die Pfändung den bereits in RGZ. 9, 369 und 16, 406 geäußerten Gedanken einer beschränkten Vertreterstellung des GV. durch. Wenn auch der

[338]) RGZ. 9, 363; ZS. VII: JW. 1914, S. 863, Nr. 3; ZS. III: SA. 42, S. 425, Nr. 298 (1887); RGZ. 90, 193 (196) = SA. 73, S. 143, Nr. 88 (1917) mit weiteren Angaben; vgl. dazu auch Oertmann, Das RG. und die Grundbegriffe, S. 85.

[339]) Beklagter ist der GV.

[340]) Vgl. RGZ. 18, 389 ff. (1887), in der jedoch neben der Vertragshaftung die Haftung des GV. als Beamten in den Vordergrund gestellt wird (S. 390—391).

[341]) RGZ. 20, 388 ff. (1887); 32, 373 ff. (1893); beide Entschließungen verneinen allerdings die ausschließliche Zuständigkeit des LG. Es handelt sich jedoch hier nicht um einen Schadensersatzanspruch des Gl. gegen den GV., sondern um einen solchen auf Herausgabe eines Wechsels bzw. Schuldtitels; vgl. dazu Oertmann, a. a. O., S. 86.

GV. „den Rechtsakt der Pfändung nur in seiner Eigenschaft als Beamter vollziehen kann, so handelt er doch bei dem Besitzerwerbe, ... durch welchen ... der Gläubiger an der betreffenden körperlichen Sache das Pfändungspfandrecht erwirbt, zugleich als beauftragter Vertreter des Gläubigers".[343])

Der 6. und 3. Zivilsenat begehen auch hier den bereits in der Wissenschaft angetroffenen Fehler, aus den privatrechtlichen Folgen der Gerichtsvollzieher-tätigkeit auf ein privatrechtliches Verhältnis zu schließen.

Besondere Bedeutung für das Innenverhältnis zwischen Gläubiger und GV. sollte eine Entscheidurng des 6. Zivilsenats aus dem Jahre 1903 erlangen (RGZ. 56, 84 ff.). Der erkennende Senat schließt sich hier im vollen Umfang der öffentlich-rechtlich ausgerichteten Auffassung des 3. Senats an: „Daraus, daß der GV. im Zwangsvollstreckungsverfahren eine Zwangsgewalt nur gegen den Schuldner und dritten Personen, nicht aber dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber ausübt, folgt nicht, daß der Gerichtsvollzieher dem auftraggebenden Gläubiger gegenüber sich nur in einem Vertragsverhältnisse, also einem lediglich privatrechtlichen Verhältnisse befindet und dem Gläubiger gegenüber die dem ihm übertragenen Imperium entspringende Handlung den Charakter einer dem zugewiesenen Ressort angehörigen Amtshandlung verliert" (S. 89). Zum erstenmal wird eine wirklich innere Begründung dafür gegeben, daß der GV. auch dem Gläubiger gegenüber als Beamter auftritt: „Die Ausübung eines Hoheitsrechtes besteht ... nicht notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwangsrechtes. Ausübung eines Hoheitsrechtes kann auch in einem Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge liegen ... Ein Akt der Ausübung eines Hoheitsrechtes kann sich in eine Reihe von auf einen Zweck gerichteten Handlungen der Verwertung, des Vollzugs, der Ausführung spalten ... Es erscheint hiernach nicht zulässig, eine einzelne Äußerung der öffentlichen Gewalt, weil sie für sich allein keinen Zwangscharakter trägt, als nicht mehr dem öffentlichen Recht angehörig auszuscheiden. Es geht ebensowenig an, einer unzweifelhaften Amtshandlung, je nach der Stellung der an ihr interessierten oder von ihr betroffenen Personen einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter beizulegen" (S. 89).

Durch diese Ausführungen ist die Mandatstheorie völlig unterhöhlt, wenn diese Entscheidung trotzdem noch formell an ihr festhält, so geschieht das offensichtlich nur, weil sie durch den Beschluß der Vereinigten Zivilsenate dazu gezwungen ist. Gleichzeitig bedeuten diese Ausführungen einen starken Angriff gegen ein — wenn auch nur beschränktes — Vertretungsverhältnis.

Die Unterschiede in der Rechtsprechung der einzelnen Senate ebenso wie das Vordringen der Amtstheorie in der Wissenschaft drängen zu einer erneuten Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate. Wiederum ist es die Frage nach der Haftung des GV. dem Gläubiger gegenüber, die die Veranlassung zu dem Plenarbeschluß vom 2. 6. 1913 (RGZ. 82, 85 ff.) gibt. In dieser bedeutenden Entscheidung kommt das RG., nachdem es die Zwangsvollstreckung als Betätigung staatlicher Gewalt gekennzeichnet hat (S. 86),[344]) zur Verneinung eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen GV. und Gläubiger und damit zur Ablehnung einer vertraglichen Haftung des Vollstreckungsbeamten. „Das öffentliche Recht beherrscht ... das Verhältnis des GV. zu dem Gläu-

[342]) JW. 1889, S. 273, Nr. 60 (1889).

[343]) RGZ. 39, 161; im Ergebnis ebenso RGZ. 43, 180; den entgegengesetzten Standpunkt hatte derselbe (3.) Senat in einer älteren Entscheidung eingenommen, SA. 42, S. 425, Nr. 298 (1887); darin lehnt er eine Stellvertretung des Gläubigers ab, weil der „Gerichtsvollzieher kraft seines Amts zur Vornahme der Pfändung verpflichtet" sei (S. 426).

[344]) Vgl. oben S. 18.

biger, der ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragt ... Die Beziehungen zwischen Gläubiger und GV. können nicht losgelöst werden von dem Gegenstand, den sie betreffen. Es geht daher nicht an, diese Beziehungen allein oder auch nur vorwiegend dem bürgerlichen Vertragsrecht zu unterstellen" (S. 86 und 87). Soweit die Vereinigten Zivilsenate sich zur Begründung auf allgemeine Erwägungen über das Wesen staatlicher Gewalt stützen, geben sie im wesentlichen eine Wiederholung der bereits vom 3. und 6. Senat geäußerten Gedanken.[345])

Darüber hinaus jedoch wird mit besonderer Sorgfalt nachgewiesen, daß ein Vertrag zwischen GV. und Gläubiger — seine Annahme unterstellt — in allen Punkten von dem abweichen würde, was nach dem bürgerlichen Vertragsrecht die Regel bildet (S. 87). Schließlich wird zur Begründung noch auf die Neuordnung der Gerichtsvollziehertätigkeit durch die pr. GVO von 1900 hingewiesen (S. 87), andererseits der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung (S. 88) und die Ausdrucksweise des Gesetzes (S. 91—92) als nicht überzeugend für die Annahme eines Vertragsverhältnisses gekennzeichnet.

Damit ist auch in der Rechtsprechung die Entscheidung zugunsten der Amtstheorie gefallen.[346])

Die Frage, ob der GV. als Vertreter des Gläubigers anzusehen ist, wird allerdings von dem Beschluß offengelassen (S. 90).

Doch bereits ein Urteil des 3. Senats aus dem Jahre 1917 (RGZ. 90, 193 ff.) lehnt die Annahme einer Vertretung des Gläubigers in bezug auf die Pfändung ab und sieht in dieser eine ausschließliche Amtshandlung: „Die zwangsmäßige ... Inbesitznahme der Sachen kann eine privatrechtliche Willenserklärung des Gläubigers nicht sein. Denn sie liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten; sie ist also ausschließlich eine Amtshandlung des Gerichtsvollziehers, ... der Erwerb des Pfändungspfandrechts ist an die Pfändung geknüpft, gesetzliche notwendige Folge, die eines darauf gerichteten Willens ... und einer auf sie abzielenden Willenserklärung des Gläubigers nicht bedarf, sondern ganz unabhängig von solchem Willen und solcher Willenserklärung von Rechts wegen eintritt. Auch das Pfändungspfandrecht ... liegt außerhalb des Bereichs privatrechtlicher Willensmöglichkeiten. Es ist rechtsgeschäftlich gar nicht erwerbbar" (S. 195).

Damit hat also das RG. bzgl. der Pfändung die früher oft vertretene Ansicht aufgegeben, daß der GV. insoweit als Vertreter anzusehen sei, als Privatrechte in der Person des Gläubigers begründet würden.[347])

Es ist anzunehmen, daß auch hinsichtlich der anderen Zwangsvollstreckungshandlungen (Versteigerung, Auszahlung) bald mit der alten unhaltbar gewordenen Anschauung aufgeräumt wird. RGZ. 56, 84, die in der Ablieferung gepfändeten Geldes eine „Amtshandlung" sieht (S. 91, vgl. oben S. 52 ff.), dürfte auch hier den richtigen Weg bereits gezeigt haben.

Hinsichtlich der Stellung des GV. bei den Handlungen nach §§ 754, 756 und den Verträgen, die gelegentlich der Zwangsvollstreckung von ihm vorgenommen werden können, haben wir eine Stellungnahme des RG. in den uns zugänglichen Entscheidungen nicht finden können.[348])

[345]) Vgl. RGZ. 82, 86, insbesondere mit RGZ. 59, 89.

[346]) Die späteren Entscheidungen schließen sich RGZ. 82, 85 an;; vgl. RGZ. 83, 342; 104. 285. Auch die Rechtsbeziehungen zwischen GV. und Gl. bei Zustellungen und Versteigerungen nach § 1235 ff. BGB und freiwilligen Versteigerungen werden vom RG. heute bereits öff.-rechtl. erklärt, RGZ. 91, 179 ff.; bes. 144, 262 ff.

[347]) RGZ. 95, 154 (1919).

[348]) Vgl. auch Oertmann, das RG. und die Grundbegriffe, S. 80 ff., dessen Feststellungen sich im Ergebnis im wesentlichen mit den unsrigen decken.

Die geschilderte Entwicklung ist in gewissem Sinne durch die preußische Regelung der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher[348a]) gefördert worden.

Nach der pr. GVO vom 14. 7. 1879 (JMBl. 1879, Anlage nach S. 204) und der Geschäftsanweisung vom 24. 7. 1879 (JMBl. 1879, Anlage nach S. 214) gilt in Preußen zunächst das sogen. System des selbständigen GV. (der freien Gerichtsvollzieherwahl). Der Gläubiger wendet sich nach diesem System mit dem Vollstreckungsauftrag unmittelbar an den GV., ohne daß es einer Vermittlung des Gerichts bedarf. Allerdings kann sich der Gläubiger auch des Gerichtsschreibers als Vermittlers bedienen, doch gilt auch dann der GV. unmittelbar als vom Gläubiger beauftragt (§ 49 pr. Gesch.-Anw.). Der GV. erhält für seine Amtshandlungen die tarifmäßigen Gebühren und die Vergütung der baren Auslagen (§ 23 GVO). Ein festes Gehalt bezieht er dagegen nicht, der Staat gewährt ihm lediglich ein Mindesteinkommen von 1800 RM (§ 27 GVO).

Auf eine solche Regelung hat man — wie es auch oft geschehen ist — zur Begründung der Mandatstheorie mit einer gewissen Berechtigung verweisen können, indem man ausgeführt hat, der Gläubiger könne entsprechend dem privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit den GV. frei auswählen, die Gebühren jedoch seien als vertragsgemäße Vergütung des GV. aufzufassen.

Wenn auch nach der alten preußischen Regelung eine solche Beweisführung nicht ohne Bedenken gewesen ist, so ist ihr jedoch in dem Augenblick jede Grundlage entzogen worden, in dem man in Preußen durch die GVO vom 21. 3. 1900 (JMBl. 1900, S. 345 ff.) zu einem anderen System übergegangen ist.

Durch diese Verordnung ist das System des festbesoldeten GV. (der Verteilungsstelle) eingeführt worden.

Der Gläubiger wendet sich nach dieser Regelung nicht unmittelbar an den GV., sondern übergibt seinen Auftrag der beim Amtsgericht gebildeten Verteilungsstelle, die immer dann errichtet wird, wenn mehrere Gerichtsvollzieher für den Amtsgerichtsbezirk bestellt sind (§ 49). Die Verteilungsstelle leitet dann den Vollstreckungsauftrag mit den Weisungen des Gläubigers dem zuständigen GV. zu (§ 49 Abs. 2).

Der GV. hat von nun an ein festes Gehalt („Dienstbezüge", § 22 Abs. 1). Nur neben seiner Besoldung bekommt er noch einen Anteil an den Gebühren aus Parteiaufträgen (§ 23 Abs. 3); die Gebühren selbst jedoch fließen in die Staatskasse und werden für diese von dem GV. erhoben (§ 22 Abs. 2).[349])

An dieser Regelung hält die pr. GVO vom 23. 3. 1914 (JMBl. 1914, S. 290 ff.) fest, die bis zum heutigen Tag — von kleinen Änderungen abgesehen — in Kraft ist.[350])

Bei einer solchen Regelung war es nun mit dem besten Willen nicht mehr möglich, von einer freien Auswahl des GV. durch den Gläubiger zu sprechen; denn der Gläubiger kennt oft gar nicht den GV., der ihm durch die Verteilungsstelle zugewiesen wird.

So wurden die Zweifel, die durch die reichsrechtliche Regelung möglicherweise noch an der öffentlich-rechtlichen Natur des Verhältnisses zwischen GV. und Gläubiger aufkommen konnten, durch die landesrechtliche Regelung zugunsten der Amtstheorie beseitigt.[351])

[348a]) Vgl. dazu § 154 GVG; die verschiedene Regelung der einzelnen Länder s. b. Paschold, S. 11 ff.

[349]) Wegen der baren Auslagen und deren Vergütung vgl. noch § 22, Abs. 3, § 23, Abs. 2.

[350]) Vgl. §§ 44 Abs. 1 und 2, 28, 29.

[351]) Ebenso wie in Preußen ist die Regelung in Thüringen, ähnlich in Bayern und Württemberg; noch stärker als das preußische System spricht das in Hamburg geltende System des

§ 8.

Die Umbildung des Begriffs der Grundstückszwangsversteigerung.

I. In diesem Paragraph soll uns die Grundstückszwangsversteigerung beschäftigen, d. h. derjenige Verwertungsakt, durch den ein beschlagnahmtes Grundstück im Wege der öffentlichen Versteigerung durch das Gericht in Geld umgesetzt wird.

Bis zum Erlaß des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 war die Regelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen der landesrechtlichen Gesetzgebung überlassen.

Hier soll nur auf den Rechtszustand in Preußen vor Erlaß des Reichsgesetzes eingegangen werden. Eine gesonderte Behandlung der Zwangsversteigerung nach den übrigen Landesrechten ist nicht erforderlich, da die in der Wissenschaft und Rechtsprechung dieser Länder vertretenen Auffassungen im großen und ganzen mit der in Preußen vertretenen Lehre über das Wesen der Zwangsversteigerung übereinstimmen.[352])

Die preußische Wissenschaft vertritt überwiegend den Standpunkt, daß die Zwangsversteigerung als Verkauf aufzufassen sei. Als Käufer wird einhellig der Ersteher angesehen. Als Verkäufer dagegen wird von den einen der Schuldner, von den anderen der Gläubiger genannt, schließlich sollen sämtliche Realberechtigte nach der Auffassung einzelner als Verkäufer in Betracht kommen, jeweils vertreten durch den Versteigerungsrichter.[353])

In dem Gebot erblickt man fast durchweg den Vertragsantrag, die Annahme des Vertrages selbst scheint man in der Feststellung des Meistgebots zu sehen. Dem Zuschlag mißt man in bezug auf den Kaufvertrag nur deklaratorische Bedeutung bei.[354])

Das Eigentum an dem Grundstücke selbst läßt man allerdings mit dem Zuschlag unter Anwendung des § 342 I 11 ALR auf den Käufer übergehen, „wenn gleich selbiger die erstandene Sache noch nicht in Empfang genommen hat". Aus diesem Eigentumsübergang mit dem Zuschlag schließt man jedoch nicht auf eine öffentlich-rechtliche Natur desselben, sondern sieht in ihm lediglich den in Erfüllung des Kaufvertrages vor sich gehenden rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb, dessen Sonderheit nur ist, daß für die Rechtsänderung nicht die Übergabe erforderlich ist.

Wenn die Meinungen im einzelnen auch auseinandergehen, so sind doch alle rein privatrechtlich ausgerichtet.

Vereinzelt wird allerdings vertreten, daß der Versteigerungsrichter in Ausübung und kraft seiner Amtsgewalt das Grundstück veräußere.[355]) Diese Anhänger eines öffentlich-rechtlichen Versteigerungsbegriffs vermochten sich jedoch kein Gehör zu verschaffen. Die Vertragstheorie glaubt man inbsesondere wegen des § 340 I 11 ALR, nachdem bei gerichtlichen Verkäufen die allgemeinen kaufgeschäftlichen Grundsätze Anwendung finden, vertreten zu müssen.

An dieser privatrechtlichen Auffassung hält man auch nach Inkrafttreten der Subhastationsordnung vom 15. 3. 1869 (GS. S. 421 ff.) und der Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. 3. 1879 (GS. S. 102 ff.) und 13. 7. 1883 (GS. S. 131 ff.) fest. Tatsächlich ist in den ge-

Gerichtsvollzieheramtes für die publizistische Lehre. Das System der freien Gerichtsvollzieherwahl herrscht heute nur noch in Hessen; vgl. Vogler, S. 15 ff.

352) Über die einzelnen in den Ländern vertretenen Auffassungen vgl. Lindemann, S. 9 ff.; Sonntag, S. 14 ff.

353) Lindemann, S. 8 ff.; Wolff, § 90,1 (1909) mit Lit.

354) Sonntag, S. 14 ff.

355) Vgl. Literaturangaben bei Wolff, § 90, 1.

nannten Gesetzen ständig von „Verkauf", „Kaufbedingungen", „Kaufpreis" und „Kaufgeld" usw. die Rede. Insbesondere das Gesetz von 1883 scheint trotz einschneidender sonstiger Änderungen an dem privatrechtlichen Versteigerungsbegriff festzuhalten.[356])

II. Mit dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes wird die privatrechtliche Kaufvertragstheorie unhaltbar.

Allerdings nehmen weder das Gesetz noch die Motive zur Konstruktion der Liegenschaftszwangsversteigerung Stellung.[357]) Dafür jedoch regelt das Gesetz das Verhältnis zwischen Gläubiger, Schuldner und Ersteher sehr ausführlich. Vor allem läßt das Reichsgesetz klar erkennen, daß durch die Beschlagnahme (§§ 20, 23 ZVG) für den Gläubiger kein Pfändungspfandrecht, sondern lediglich ein prozessuales Recht, das auf vorzugsweise Befriedigung (§ 10 ZVG) geht, begründet wird.[358])

Damit ist der Lehre, die in der Zwangsversteigerung einen Pfandverkauf des betreibenden Gläubigers erblicken zu können glaubt, von vornherein der Boden entzogen. Bei der Mobiliarzwangsversteigerung haben wir feststellen können, daß gerade das Pfändungspfandrecht immer von neuem zur Stützung der Pfandverkaufstheorie herangezogen worden ist und bis heute eine eindeutige Entscheidung zugunsten einer rein öffentlich-rechtlichen Lehre verhindert hat. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind darum für die Entstehung einer publizistischen Auffassung hier weit günstiger als bei der Mobiliarzwangsversteigerung.

Trotzdem wird in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Reichgesetzes besonders in Anlehnung an die frühere landesrechtliche Regelung noch zuweilen eine privatrechtliche Anschauung vertreten.

So finden wir auch jetzt noch die bereits für das preußische Recht vertretene Theorie der Schuldner- und Gläubigervertretung.

Die Lehre von der Gläubigervertretung vertritt in schärfster Form Eckstein.[359]) Hirsch [360]) und Pagenstecher [361]) sehen zwar ebenfalls in dem Gläubiger den Veräußerer, lassen den Versteigerungsrichter jedoch nicht als den Vertreter, sondern als das Ausübungswerkzeug des Gläubigers tätig werden.

Da sich die Anhänger der Gläubigervertretung zur Begründung ihrer Ansicht nicht auf ein durch die Beschlagnahme entstandenes Pfandrecht stützen können, behaupten sie, dem Gläubiger stehe kraft seines Grundpfandrechts die Befugnis zu, das Grundstück zu veräußern.[362]) Lediglich „aus rechtspolizeilichen Zweckmäßigkeitsgründen" sei er bei der Ausübung seiner Veräußerungsbefugnis „amtlicher Mitwirkung und Kontrolle" unterworfen.[363])

Nach Pagenstecher [364]) hat der Gläubiger auf Grund seines Vollstreckungsrechts das Recht, das Grundstück zu veräußern, ausgeübt wird es jedoch durch den Versteigerungsrichter, der aber die Kraft, durch Zuschlag das Eigentum zu übertragen, aus dem Vollstreckungsrecht des Gläubigers entnimmt.

Wolff [365]) und Rothenberg [366]) nehmen als Verfechter der Schuldnervertretung an, daß durch den Zuschlagsbeschluß entsprechend § 894 die Willens-

356) Vgl. §§ 22, 23, 40, 45, 53, 57, 62, 75 des Gesetzes vom 13. 7. 1883.
357) Vgl. Motive, S. 118.
358) So die herrschende Lehre, vgl. statt aller Jäckel-Güthe, § 23, 13.
359) ZZP 40, S. 48 ff., besonders 75 ff. (1910).
360) Bd. 2, S. 337 ff.
361) Rechtskraft, S. 372, Anm. 877.
362) Hirsch, a. a. O., S. 339; Eckstein, a. a. O., S. 75 ff.
363) Hirsch, S. 337
364) a. a. O., S. 372, Anm. 877.
365) Wolff, § 90, 1.
366) Archiv-Ziv.-Pr. 94, 267 ff.; so auch Blach, Gruchots Btr. 55, 335 ff.

erklärung des Schuldners ersetzt wird. Schließlich hat man zur Begründung noch auf die Parallele zwischen Richter und Gerichtsvollzieher hingewiesen.

Darüber hinaus berufen sich alle Anhänger einer privatrechtlichen Anschauung auf einzelne Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes selbst, die nach ihrer Auffassung nur mit der Annahme eines Vertrages befriedigend erklärt werden könnten.

Eines Eingehens auf die in Frage kommenden Gesetzesstellen bedarf es hier nicht, zumal von den Anhängern der publizistischen Theorie längst mit überzeugenden Gründen nachgewiesen worden ist, daß sich diese fraglichen Bestimmungen sehr gut mit einer öffentlich-rechtlichen Erklärung der Zwangsversteigerung vereinbaren lassen, dagegen zahlreiche andere Bestimmungen nur durch die öffentlich-rechtliche Lehre erklärt werden können.[367])

Auch die anderen von der privatrechtlichen Lehre angeführten Gründe halten einer Prüfundg nicht stand. Daß der betreffende Gläubiger nicht aus dem Grundpfandrecht seine Veräußerungsbefugnis herleiten kann, ergibt sich aus folgender Erwägung: Ein Grundpfandrecht steht lediglich dem dinglich Berechtigten zu, darum dürfte das Recht zur Zwangsversteigerung auch nur diesem zugestanden werden, dem persönlichen Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung müßte es dagegen versagt bleiben. Daß aber auch der Inhaber einer persönlichen Forderung die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück nach Erstreitung eines rechtskräftigen Titels betreiben kann, ist selbstverständlich.[368])

Ebenso abwegig ist es, den § 894 zur Begründung der Schuldnervertretung heranzuziehen. Der Schuldner wird durch das Urteil, das ihn zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, verpflichtet, etwas zu tun, nämlich die Willenserklärung abzugeben. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt sie dann kraft der gesetzlichen Fiktion des § 894 als abgegeben. Durch den Zuschlag dagegen wird das Eigentum bereits übertragen, nicht wird der Schuldner erst zur Eigentumsübertragung verpflichtet. Ein Vergleich des Zuschlags mit der Urteilswirkung nach § 894 ist, da es sich um zwei ganz verschiedene Größen handelt, unmöglich.[369])

Daß dem Gläubiger nicht das Recht zur Vollstreckung zusteht, wie Pagenstecher behauptet, sondern lediglich dem Staat, ist bereits in § 3 dieser Arbeit nachgewiesen worden.

Vor allem aber verbieten die bereits in § 7 dieser Arbeit erörterten, aus dem Wesen der Vertretung sich selbst ergebenden Gründe auch hier die Annahme eines Vertretungsverhältnisses.[370])

Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken handelt es sich ebenso wie bei der Immobiliarzwangsversteigerung um die Ausübung der staatlichen Vollstreckungsgewalt. Es fehlt daher an einer vertretbaren Handlung, die Voraussetzung für die Annahme eines Vertretungsverhältnisses ist. Auch handelt der Versteigerungsrichter nicht im Namen des Gläubigers oder Schuldners, auch nicht im ausschließlichen Interesse des einen von ihnen. Der Versteigerungsrichter ordnet die Zwangsversteigerung an, ersucht das Grundbuchamt um die Eintragung des Versteigerungsvermerks, bestimmt den Versteigerungstermin und stellt die Bedingungen fest. Dann versteigert er das Grundstück und erteilt dem Meistbietenden den Zuschlag. Bei all diesen Handlungen hat der Ver-

---

367) Über Einzelheiten vgl. Zapfe, S. 20 ff., 46 ff.; die Bestimmungen, die nur durch die publizistische Lehre erklärt werden können, führt Zapfe in übersichtlicher Zusammenstellung S. 23 ff. an.

368) Vgl. Zapfe, S. 18 ff. mit näheren Ausführungen.

369) Nähere Ausführungen s. bei Zapfe, S. 10 ff.

370) Vgl. oben S. 56 ff.

steigerungsrichter keinen Vertretungswillen, er will keine Rechtsgeschäfte vornehmen, sondern lediglich seine ihm als Beamten obliegende Dienstpflicht erfüllen. Der Versteigerungsrichter hat nicht nur die Interessen des Schuldners oder Gläubigers zu wahren, sondern von Anfang an die eines noch nicht einmal bestimmten Personenkreises zu vertreten (§ 10 ZVG). Daß schließlich die Parallele des GV. nicht zur Begründung der älteren Lehre herangezogen werden kann, ergibt sich aus dem vorigen Paragraphen.

Nach einer vermittelnden Theorie ist zwischen dem Zuschlag als einem staatlichen, rechtsbegründenden Akt und einem obligatorischen Grundgeschäft, das ein Kaufvertrag oder ein eigenartiges Rechtsgeschäft sein soll, zu unterscheiden. In der Abgabe eines Gebots sieht man die Offerte, die mit der Schließung des Versteigerungstermins von dem Schuldner, vertreten durch den Richter, angenommen wird.[371])

Die Bedeutung dieser Lehre ist jedoch — gemessen an dem Einfluß, den sie auszuüben vermochte — noch weit geringer als die privatrechtliche Lehre. Es erübrigt sich deshalb, hier noch weiter auf sie einzugehen; im übrigen spricht gegen die Richtigkeit sinngemäß das, was bereits zur Ablehnung der rein privatrechtlichen Auffassung angeführt worden ist.

Obwohl die privatrechtlich orientierten Lehren anfangs noch eine gewisse Stütze an den früheren landesrechtlichen Regelungen haben, können sie sich dennoch gegen die nach dem Erlaß des Reichsgesetzes immer stärker werdende öffentliche Auffassung nicht durchsetzen. Mit der reichsrechtlichen Regelung ist eigentlich die Entscheidung zugunsten eines publizistischen Versteigerungsbegriffs gefallen. Wenn die Wissenschaft sich darum einige Jahre nach dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes[372]) überwiegend zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung bekennt, so zieht sie nur die Schlußfolgerung aus dem Geist des Gesetzes.

Die heute unumschränkt anerkannte publizistische Lehre[373]) sieht — insbesondere unter Berufung auf §§ 90, 91 ZVG — in dem Zuschlag einen Richterspruch, durch den der Versteigerungsrichter als staatliches Organ kraft seiner öffentlich-rechtlichen Gewalt vor allem das Eigentum an dem Grundstücke auf den Ersteher überträgt.[374]) Ausdrücklich abgelehnt wird die Auffassung, daß mit dem Zuschlag ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag zum Abschluß kommt, und die Wirkungen des Zuschlags in Erfüllung eines vorher zustande gekommenen Vertrages eintreten.

Der Zuschlag stellt sich nach dieser richtigen und u. E. endgültigen Auffassung als privatrechtsgestaltender Staatsakt dar, dessen Wirkungen unabhängig von einem Veräußerungswillen der das Verfahren betreibenden Personen oder einem Erwerbswillen des Erstehers eintreten. Aus der Natur des Zuschlags als eines Staatsaktes wird weiterhin gefolgert, daß es auf den guten oder bösen Glauben des Erstehers nicht ankommt. Wegen der Ähnlichkeit des so aufgefaßten Zuschlags mit dem Urteil wird diese Lehre auch Urteilstheorie genannt.

---

371) So vor allem Blach, Gruchots Beiträge 55, 332 ff.; ähnlich Stein, Grundfragen, S. 68, und Weismann, Lehrb., Bd. 2, S. 195, 136.

372) Bereits im Jahre 1905 wird die publizistische Lehre als die herrschende bezeichnet, von der Pfordten, § 56, 1.

373) Aus dem neuesten Schrifttum sind besonders zu nennen: Brand-Bauer, Zwangsverst. u. Zwangsverwaltg. in der gerichtl. Praxis (1930), S. 273 ff., 209 ff.; Blomeyer, S. 157—58, und die führenden Kommentare: Jäckel-Güthe, § 81 II; Reinhard-Müller (1931), § 82, I; Steiner (1935), § 82, 1; Korintenberg-Wenz (1935), § 82, 1; aus dem älteren Schrifttum vgl. Fischer-Schäfer (1910), § 90,1; v. d. Pfordten, § 56, 1, § 90, 1; Kretzschmar, Sächs. Arch. 8, 513 ff. (1898); Lindemann, S. 38 ff.; Zapfe, S. 44 ff.; Bierbach, S. 14 ff., mit weiterer Lit. S. 19, Anm. 33; von den Staatsrechtlern s. Kormann, System, S. 113.

374) Über die Wirkungen im einzelnen vgl. Blomeyer, S. 154 ff.; Sonntag, S. 23 ff.

Die Aufforderung des Richters zur Abgabe von Geboten kann nach dieser Auffassung nur als Prozeßhandlung gekennzeichnet werden, durch die die Erklärung des Richters, zur Entgegennahme von Geboten bereit zu sein, zum Ausdruck gebracht wird.[375])

Hinsichtlich des Gebots kann jedoch auch hier ebenso wie bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen noch von keinem einheitlichen wissenschaftlichen Ergebnis gesprochen werden. Zwar herrscht allgemein Einigkeit darüber, daß das Gebot die notwendige rechtliche Grundlage für den Zuschlag ist.[376]) Doch begrifflich fassen es die einen als eine privatrechtliche Willenserklärung auf, durch die sich der Bieter verpflichtet, „den gebotenen Betrag an den Schuldner zu Händen des Vollstreckungsgerichts zu zahlen";[377]) die anderen sehen in dem Gebot eine reine auf die Fortführung des Verfahrens gerichtete Prozeßhandlung;[378]) die Dritten schließlich eine Prozeßhandlung mit privatrechtlicher Nebenwirkung, die in der Verpflichtung des Bieters liegt.[379])

So finden sich hier drei von den vier Auffassungen wieder, die bereits oben S. 33 ff. behandelt worden sind.

Die privatrechtliche Auffassung ist nach dem Zwangsversteigerungsgesetz noch viel weniger als nach der ZPO zu vertreten. Wenn auch der Bieter nicht Beteiligter des Verfahrens im Sinne des § 9 ZVG ist, so ergibt sich bei einer näheren Durchsicht des Gesetzes, daß er keineswegs als gleichwertiges Rechtssubjekt dem Richter gegenübersteht und darum als ein dem Versteigerungsverfahren Unterworfener und damit als Beteiligter angesehen werden muß. Zahlt z. B. der Bieter den Versteigerungserlös nicht, so wird die Forderung des Erstehers gemäß § 118 Abs. 1 ZVG auf den Berechtigten übertragen. Diese Übertragung kann sogar zur erneuten Versteigerung des Grundstücks (§ 118 Abs. 2 ZVG) oder zur Eintragung einer Sicherungshypothek gegen den Ersteher führen (§ 128 ZVG). Auch die Voraussetzungen und Wirkungen des Gebots sind durch das Gesetz selbständig geregelt (§§ 71, 81 ZVG). Vor allem muß der Richter dem wirksamen Gebot nach § 81 ZVG den Zuschlag erteilen. Schon daraus ergibt sich, daß sowohl der Richter wie der Bieter dem formalen Zwang des Prozeßrechts unterworfen sind. Wenn es sich bei dem Gebot um eine gewöhnliche private Willenserklärung handelte, müßte es dem Richter freistehen, diese ohne weiteres abzulehnen. Gerade dieser von dem Prozeßrecht dem Richter auferlegte Zwang, in vorgeschriebener Form auf die Willenserklärung des Bieters hin tätig zu werden, ist das Wesen der Prozeßhandlung.[380])

Das Gebot der Liegenschaftszwangsversteigerung ist ebenfalls ein prozessuales Rechtsgeschäft. Dafür, daß sich der Bieter bereits mit dem Gebot zur Zahlung des gebotenen Betrages für den Fall der Zuschlagserteilung verpflichtet, sprechen die bereits oben S. 35 ff. erörterten Gründe und § 65 ZVG, der den § 817 für entsprechend anwendbar erklärt.

Die Frage nach der Anfechtung des Gebots insbesondere wegen Irrtums hat in der Wissenschaft die gleiche Beantwortung erfahren wie bei der Mobiliar-

---

375) So Zapfe, S. 36—37; vgl. auch oben S. 33.
376) Vgl. statt aller Jäckel-Güthe, § 81, II, und Steiner (1935), § 82, 1.
377) So in neuester Zeit Blomeyer, S. 158; von der älteren Lit. vgl. Bierbach, S. 24 ff., mit weiterem Schrifttum in Fußnote 10.
378) Lindemann, S. 47; auch Korintenberg-Wenz, § 82, 1 dürfte hierher zu zählen sein, da er die Verpflichtungen des Erstehers erst mit dem Zuschlag entstehen läßt; allerdings bezeichnet er das Gebot mit dem unklaren Ausdruck „Rechtsgeschäft"; weiteres Schrifttum bei Bierbach, S. 23, Anm. 5.
379) Zapfe, S. 40—41.
380) Vgl. Zapfe, S. 38 ff. und 31; s. a. oben S. 35 ff.

zwangsversteigerung und dürfte aus den bereits oben S. 36 ff. ausgeführten Gründen ebenfalls nicht gegen die hier vertretene Auffassung sprechen.[381])

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zeigt dasselbe Entwicklungsbild wie die Wissenschaft.

Für das preußische Recht vertritt das RG. die Kaufvertragstheorie. Daran wird auch nichts durch die einzelnen preußischen Gesetze geändert, sowohl in bezug auf die Subhastationsordnung von 1869 wie auf das Zwangsversteigerungsgesetz von 1883 wird vom RG. ausdrücklich betont, daß ihnen dieselbe Auffassung von der Zwangsversteigerung zugrunde liege.[382])

In RGZ. 7, 270 ff. (1882) — einem Urteil des 5. Zivilsenats, von dem fast alle Entscheidungen stammen, wenn man von einigen des 7. Senats absieht — wird die Zwangsversteigerung als ein „Kaufgeschäft" aufgefaßt, das die Gläubiger (Realberechtigten) mit dem Ersteher abschließen.[383]) Dem „Zuschlagsurteil" wird bei dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt lediglich „deklatorische Natur" zugesprochen, d. h. es hat nur die Aufgabe, das Kaufgeschäft in der Form festzulegen, wie es mit Abschluß der Versteigerungsverhandlungen durch die Willensübereinstimmung der Kontrahenten zustande gekommen ist. Allerdings wird hier eine — wie wir später sehen werden — sehr bedeutungsvolle Einschränkung gemacht. Dem Zuschlagsurteil soll nur dann deklaratorische Bedeutung zukommen, wenn „über die Erteilung des Zuschlages kein Streit obwaltet" (S. 271). Wie dies zu verstehen ist, ergibt bereits die nächste Entscheidung.

In RGZ. 11, 275 (1884) wird in Anlehnung an die Rechtsprechung des früheren preußischen Obertribunals betont, daß das „Zuschlagsurteil" bei „einer Kollision von Rechten auch konstitutiv wirken kann, insoweit und insofern es rechtskräftig wird" (S. 277).

Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß der Zuschlag gerade in den praktisch bedeutungsvollen Fällen rechtsbegründende Wirkungen äußert und daß ihm lediglich in bezug auf den Kaufvertrag nur deklaratorische Bedeutung zukommt.[384])

Durch diese beiden Entscheidungen ist der Standpunkt des RG. im wesentlichen bereits umrissen. Die anderen unter der Herrschaft des preußischen Rechts ergangenen Entscheidungen bringen die nähere Ausführung und Begründung der von Anfang an vertretenen privatrechtlichen Auffassung.

Das Kaufgeschäft wird als Verkauf in Bausch und Bogen näher bestimmt.[385]) Das Wesentliche dieser Art des Kaufes ist, daß das Grundstück mit allem z. Zt. des Kaufabschlusses darauf vorhandenen Zubehör übergeben wird.

Zu dieser Auffassung kommt das RG. vor allem durch die Anwendung des § 344 I 11 ALR, nach dem der gerichtlich notwendige Verkauf hinsichtlich der Gewährleistung einem Verkauf in Bausch und Bogen gleich zu achten ist (RGZ. 19, 325).

Das RG. erklärt überhaupt grundsätzlich gemäß § 340 I 11 ALR das Kaufrecht des Allgemeinen Landrechts auf die Zwangsversteigerung für anwendbar, später allerdings mit der Einschränkung, daß es nur insoweit zur Anwen-

381) Vgl. S. 00, Anm. 220; Lindemann, S. 51, Fußnote 4, mit weiterem Schrifttum.
382) RGZ. 19, 321 (323, 325), 1887; Gruchots Beitr. 46, S. 869.
383) Vgl. auch die Anm. 282 gen. Entscheidungen.
384) Vgl. oben Anm. 282; in Gruchots Beitr. 46, S. 869, heißt es: „. . . es (erg. Zuschlagsurteil) sei . . . nur die Form, in die das Gesetz den Ausspruch des Gerichts, daß ein Kaufvertrag mit dem Ersteher zustande gekommen sei, eingekleidet habe".
385) RGZ. 19, 325 mit Angaben früherer Entscheidungen; s. a. 49, 236 (239) 1901.

dung komme, als nicht die Bestimmungen des Gesetzes von 1883 ausdrücklich entgegenstehen.[386])

Der Wille der Beteiligten spielt für die Auslegung des Kaufvertrages eine wesentliche Rolle, selbst dann, wenn in dem Zuschlagsurteil nichts von diesem Willen oder gar etwas Gegenteiliges gesagt ist.[387]) Umgekehrt stellt das RG. fest, daß die Auslegung des Zuschlagsurteils, insofern es sich auf den Kaufabschluß bezieht, „in Wahrheit die Auslegung einer Vertragsfestsetzung ist".[388])

Dagegen ist nach dem RG. der böse oder gute Glaube des Erstehers für die Wirkung des Zuschlags ohne Bedeutung. Das Grundstück geht so auf den Ersteher über, wie es tatsächlich und rechtlich der Zwangsversteigerung unterlegen hat. So kann sogar ein Grundstück übereignet werden, von dem weder der Ersteher noch die anderen Interessenten Kenntnis gehabt haben.[389])

Selbst wenn der Ersteher weiß, daß das Grundstück einem Dritten und nicht dem Schuldner gehört, wird er durch den Zuschlag Eigentümer.[390]) Auch werden die beweglichen Sachen, die sich auf dem Grundstück befinden und nach dem Willen des Eigentümers als Zubehör gelten sollen, durch den Zuschlag übereignet, gleichgültig, welche Kenntnis der Ersteher von ihnen hat (RGZ. 19, 327). An dieser Auffassung über die Wirkung des Zuschlags hat das RG. in ständiger Rechtsprechung festgehalten.[391])

Es wäre jedoch falsch, wenn man aus dieser Rechtsprechung die Folgerung ziehen wollte, daß das RG. auch bereits für das preußische Recht einen öffentlich-rechtlichen Zuschlagsbegriff vertreten habe. Andere Gründe waren für die höchstrichterliche Rechtsprechung ausschlaggebend. Einerseits beruft sich das RG. zur Begründung der konstitutiven Wirkung des Zuschlags darauf, daß die Zwangsversteigerung ein Kauf in Bausch und Bogen sei, andererseits darauf, daß nach dem Gesetze eine Aufforderung zur Anmeldung ihrer Rechte zwecks Vermeidung des Ausschlusses an alle diejenigen ergeht, welche das Eigentum oder Realrechte an dem zur Versteigerung gestellten Grundstück für sich beanspruchen.[392]) Diesem letzten Grund mißt das RG. in seinen späteren Entscheidungen die ausschlaggebende Bedeutung bei (vgl. RGZ. 45, 285). Auch beruft es sich auf das Verkehrsbedürfnis, das den Eintritt der Wirkungen des Zuschlags aus Gründen der Rechtssicherheit fordere (RGZ. 49, 255).

Wenn auch das RG. aus der konstitutiven Wirkung des Zuschlags nicht auf dessen publizistische Natur geschlossen hat, sondern die durch den Zuschlag herbeigeführte Rechtsänderung offenbar in Erfüllung des Kaufvertrages vor sich gehen läßt, so ist es doch praktisch unter der Herrschaft des preußischen Rechts zu dem Ergebnis gekommen, zu dem es nach der öffentlich-rechtlichen Theorie — wenn auch mit anderer Begründung — hätte kommen müssen. Das Gesetz selbst und die von praktischen Gesichtspunkten beherrschte Rechtsprechung des RG. haben die Gefahr vermieden, die die ältere privatrechtliche Lehre in sich birgt, nämlich, die Wirkungen des Zuschlags von dem guten oder bösen Glauben des Erstehers abhängig zu machen.

Auffallend ist, daß das RG. den Versteigerungsrichter niemals als den Ver-

---

386) Gruch. Beitr. 32, S. 395, Nr. 13 (1887).

387) Vgl. RGZ. 7, 270 ff.; 43, 239; diese Entscheidung des 7. Senats behandelt, obwohl erst im Jahre 1901 ergangen, eine Zwangsversteigerung, die vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes durchgeführt worden ist.

388) Gruchots Beitr. 46, S. 869.

389) RG. in pr. JMBl. 1890, S. 259; Gruchots Beitr. 34, S. 1103, Nr. 100, mit Hinweis auf andere Entscheidungen.

390) RGZ. 45, 284 (285) mit weiteren Angaben.

391) Gruchots Beitr. 34, S. 1105 (1889); 35, 705 (1891); 41, 1033 ff. (1896); JW. 1900, S. 480, Nr. 34; 1903, S. 406, Nr. 23; 1894, S. 381, Nr. 65; 1900, S. 452, Nr. 35; RGZ. 49, 253 (255).

392) RGZ. 19, 325.

treter des Gläubigers bezeichnet, sondern von der „amtlichen Stellung des Richters" spricht und betont, daß seine Stellung zu den Beteilgiten immer nur eine amtliche ist, „mag man der aus ihr hervorgehenden Verpflichtungen diesen oder jenen Inhalt geben".[393]) Dem RG. widerstrebt offenbar, die Stellung des Versteigerungsrichters mit privatrechtlichen Begriffen zu erklären.

Unter der Herrschaft des Reichsgesetzes geht auch das RG. zu der publizistischen Lehre über. Dies zeigt sich vor allem in der Terminologie. So wird bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1900 — obwohl darin eine Zwangsversteigerung behandelt wird, die unter der Herrschaft des Gesetzes von 1883 durchgeführt worden ist — der Zuschlag als ein „Richterspruch", als ein konstitutiver Rechtsakt bezeichnet.[394])

In RGZ. 60, 48 ff. (1900)[395] wird dann ausdrücklich der Bruch mit der früheren Vertragstheorie vollzogen. Nachdem festgestellt worden ist, daß unter der Herrschaft des preußischen Rechts der Zuschlag nur eine deklaratorische Bedeutung gehabt habe, wird folgendes gesagt: „Das heutige Recht erkennt dagegen dem Zuschlage eine konstitutive Bedeutung zu. Der Zuschlag ist . . . keine bloße Bestätigung eines Kaufvertrages, . . . durch ihn überträgt der Richter kraft der ihm vom Gesetz gegebenen Macht im gesetzlich geordneten Verfahren das Grundstück des Schuldners zu eigen auf den Ersteher für einen bestimmten Preis und unter bestimmten Bedingungen" (S. 54). An diesem publizistischen Begriff der Zwangsversteigerung hält das RG. von nun an fest.[396])

Als notwendige Voraussetzung für die rechtsbegründende bzw. rechtsvernichtende Wirkung des Zuschlags wird allerdings mit Recht gefordert, daß die Terminbestimmung eine ordnungsmäßige Aufforderung an alle evtl. Berechtigten enthält (§ 37 Ziff. 5 ZVG).[397]) Diese vom Gesetz selbst geforderte Voraussetzung ergibt sich bereits aus dem Zweck der Versteigerung als eines Verfahrens, das eine möglichst günstige Verwertung erstrebt.

Die Begründung für seine publizistische Auffassung findet das RG. in der selbständigen Ausgestaltung, die der Zuschlag in dem Gesetz erfahren hat, darüber hinaus in den Motiven und vor allem darin, daß der Staat durch den Versteigerungsrichter den „exekutorischen Rechtsschutz" zu gewähren habe.[398])

Aus der Natur des Zuschlags als eines selbständigen Aktes richterlicher Gewalt folgert das RG., daß dieser selbst all die Bedingungen enthalten müsse, unter denen er erteilt ist. Es läßt darum eine Ergänzung des Zuschlags aus dem Willen der Beteiligten, selbst wenn dieser im Versteigerungsprotokoll aufgenommen worden ist, nicht zu.[399]) Da der Zuschlagsbeschluß, obwohl er in seinem Charakter sonst von dem Urteil abweicht, „eine der Rechtskraft fähige Entscheidung darstellt", ist nach dem RG. lediglich der Wille des Versteigerungsrichters für die unter den Beteiligten eintretenden Wirkungen maßgebend.[400]) Andererseits ergibt sich weiterhin für das RG. daraus, daß der in dem Zuschlagsbeschluß zum Ausdruck gebrachte Wille des Versetigerungsrichters hinsichtlich seiner rechtlichen Tragweite der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt.[401])

393) RGZ. 43, 429—430 (1899).
394) RG. in JW. 1900, S. 452, Nr. 35.
395) Abgedruckt in JW. 1905, S. 217.
396) RGZ. 67, 380 (382); 80, 350; Warn. Rspr. 1930, S. 148, Nr. 77; RGZ. 129, 155 (159) = JW. 1930, S. 3319 mit weiteren Angaben; RGZ. 138, 127.
397) RGZ. 57, 200 (203); SA. 65, S. 123, Nr. 58.
398) RGZ. 60, 54.
399) RGZ. 60, 53/54.
400) RGZ. 67, 380 (382); 70, 399 (401).
401) RGZ. 74, 201 (205); JW. 1929, S. 3163 ff.; RGZ. 129, 163.

Auch sonst zieht das RG. aus dem publizistischen Begriff der Versteigerung die logischen praktischen Folgerungen. So läßt es den Rechtserwerb durch Zuschlag unabhängig von dem guten oder bösen Glauben des Erstehers eintreten [402]) und verneint einen nachträglichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, da es in dem Erwerbe durch Zuschlag einen selbständigen Rechtsgrund sieht.[403])

Auch für das Meistgebot vertritt das RG. in RGZ. 76, 350 ff. eine publizistische Auffassung, wenn es dort sagt: „Das Meistgebot ist kein im Versteigerungstermin beurkundetes Veräußerungsgeschäft, sondern bildet nur die notwendige rechtliche Grundlage, das ist die zwangsweise Veräußerung, erledigenden Zuschlagsbeschluß". Damit steht auch nicht im Widerspruch, wenn das RG. vorher ausführt, daß der Meistbietende an sein Gebot gebunden sei, andererseits aus diesem das Recht auf den Zuschlag erlange (§ 81 ZVG); „aber nicht weil sein Gebot, entsprechend dem Vertragsantrag, von der Versteigerungsbehörde angenommen, und diese darum zur Erteilung des Zuschlags verpflichtet ist, sondern weil die Behörde kraft Gesetzes den Zuschlag nur aus bestimmten Gründen versagen darf (§§ 83 ff. ZVG)" (S. 352). Diese Auffassung des RG. dürfte der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht entsprechen.

Auch das RG. läßt die Anfechtung des Gebots wegen Geschäftsunfähigkeit oder Willensmängel in der Person des Bietenden grundsätzlich zu, läßt sich jedoch — so weit ersichtlich — nicht darüber aus, inwiefern diese seine Auffassung nicht im Widerspruch zu dem publizistischen Versteigerungsbegriff steht.[404]

§ 9.

Der Auffassungswandel in bezug auf die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) und der Widerspruchsklage (§ 771).

I. Die Vollstreckungsgegenklage [405]) (§ 767, 686 a. F.), d. h. derjenige vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelf, mit dem der Schuldner unter Berufung auf Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen, sich gegen die drohende oder bereits begonnene Vollstreckung wenden kann, hat in der Wissenschaft zu den unterschiedlichsten rechtlichen Beurteilungen Veranlassung gegeben.[406])

Wenn man von den mehr oder weniger geringfügigen Abweichungen der einzelnen Meinungen absieht, kann man folgende drei Lehren unterscheiden: die der negativen Feststellungsklage (1), der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (2) und der Rechtsgestaltungsklage (3).[407]) Diese drei Theorien —

[402]) RGZ. 72, 269 (271); JW. 1915, S. 33, Nr. 17; 1916, S. 321, Nr. 5 = LZ. 1916, S. 547; SA. 71, S. 249, Nr. 148.

[403]) RGZ. 59 266 (276); 69, 277 (279); JW. 1928, S. 2851, Nr. 39; RGZ. 129, 155 (165); vgl. auch RGZ. 80, 77 ff.

[404]) RGZ. 54, 308 (310) = SA. 58, S. 481, Nr. 254.

[405]) So allgemein benannt nach dem Vorgang Kohlers, Arch.-Ziv.-Pr. 72, 1 ff.; früher auch Einwands- und Widerspruchsklage genannt.

[406]) Bereits im Jahre 1911 rechnet Oertmann, Vollstreckungsgegenklage, S. 199, die Frage nach der rechtlichen Natur zu den „meistbestrittenen des deutschen Vollstreckungsrechtes".

[407]) Für Rechtsgestaltungsklage wird zuweilen die Bezeichnung Bewirkunsklage gebraucht. Im Schrifttum trifft man noch des öfteren auf eine Theorie der Leistungsklage. Diese, die entweder in reiner oder gemischter Form (Leistungsklage, verbunden mit einer Feststellungsklage) nur ganz vereinzelt vertreten worden ist, hat zwar häufig zur Stellungnahme Veranlassung gegeben, ist jedoch so gut wie einmütig von der Wissenschaft von Anfang an abgelehnt worden; vgl. statt aller Oertm., Vollstreckungsgegenklage, S. 222 ff., mit weit. Schrifttum. Da diese Lehre wegen ihrer geringen Bedeutung den Auffassungswandel so gut wie nicht beeinflußt hat, muß hier auf ihre Darstellung verzichtet werden.

es sei gestattet, dies vorwegzunehmen — umschließen einen Weg, der von einer rein privatrechtlichen Auffassung seinen Ausgang nimmt und bei einer rein prozessualen endigt.

1) Nach der materiellen Richtung [408]) der Theorie der Feststellungsklage stellt sich der Rechtsbehelf des § 767 als eine Klage dar, die auf die Feststellung gerichtet ist, daß der für vollstreckbar erklärte materielle Anspruch nicht mehr oder wenigstens teilweise nicht mehr besteht. Das Vollstreckungsorgan ist, so folgert man weiter, schon „von Rechts wegen" verpflichtet, die Vollstreckungstätigkeit einzustellen, wenn das Nichtbestehen des Anspruchs durch das Urteil festgestellt ist. Diese Lehre, nach der der Klagegegenstand ein rein privatrechtlicher ist, ist bis zum Jahre 1914 noch verhältnismäßig häufig in der Wissenschaft anzutreffen.[409])

Die prozessuale Feststellungstheorie, die sich ungefähr zeitlich gleichlaufend mit der materiellen Richtung herausbildet und mehr Anhänger zählt als diese,[410]) läßt die Vollstreckungsgegenklage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des publizistischen Vollstreckungsrechts gerichtet sein. Sie stellt insofern einen Fortschritt gegenüber der materiellen Feststellungstheorie dar, als als Ziel der Klage nunmehr ein prozessuales — Feststellung des Nichtbestehens des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsrechts — erscheint. Eine nähere Prüfung ergibt jedoch, daß auch diese der äußeren Form nach publizistische Lehre noch sehr stark privatrechtlich ausgerichtet ist, selbst wenn man zunächst davon absieht, daß der Vollstreckungsanspruch selbst, dessen Nichtmehrbestehen festgestellt werden soll, eine von privatrechtlicher Denkweise beherrschte Konstruktion ist.

Die prozessuale Feststellungstheorie ist trotz des äußerlichen Unterschiedes mit der materiell-rechtlichen nahe verwandt. Dies ergibt sich aus der Begründung bei der Lehre, die im wesentlichen die gleiche ist.

Beide Auffassungen, die auf dem Boden des Rechtsschutz-(Vollstreckungs-)Anspruchs stehen,[411]) gehen nämlich letzten Endes auf die Anschauung zurück, daß das Vollstreckungsrecht und der materielle Anspruch notwendig zusammengehören, jenes ohne diesen nicht selbständig bestehen kann. Daß dies auch der Ausgangspunkt der materiellen Feststellungstheorie ist — was allerdings nicht immer in dieser Deutlichkeit bei ihren Vertretern zum Ausdruck kommt [412]) — ergibt sich aus folgendem: Es ist bisher von keiner Seite bestritten worden, daß durch die Vollstreckungsgegenklage ein Schutz gegen die Zwangsvollstreckung gewährt werden soll. Ist das Vollstreckungsrecht (-mög-

[408]) Die Unterscheidung in eine materielle und prozessuale Richtung ist gebräuchlich, vgl. Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 193. Im folgenden wird der Kürze wegen auch die Bezeichnung materielle bzw. prozessuale Feststellungstheorie verwandt werden.

[409]) R. Schmidt, Lb. S. 1012–1013; Falkmann-Mugdan, Lb., S. 383; Schultz, S. 417 ff., bes. 418; dieser Auffassung steht auch Geib nahe, S. 123 ff., der allerdings das Urteil auf die Feststellung gerichtet sein läßt, „daß der Vollstreckungsgläubiger wegen mangelnden materiellen Anspruchs die Befugnis zur Betätigung der seinem angeblichen Anspruch immanenten Erzwingbarkeit gegen den Vollstreckungsschuldner nicht habe, daß er also nicht in Form des Vollstreckungsbegehrens einen Zwang gegen den Vollstreckungsschuldner ausüben dürfe" (S. 125); vgl. oben Anm. 331.

[410]) Sie wird vertreten vor allem von Langheineken, Urteilsanspruch, S. 179 ff., und Seuffert (1911), § 767, 1; weitere Schriftsteller, die dieser Lehre nahestehen, s. b. Oertmann, a. a. O. S. 217; allerdings rechnen wir entgegen Oertmann nicht Falkmann zu den Vertretern dieser Ansicht.

[411]) Wenn dies auch bei den Vertretern der materiellen Feststellungstheorie nicht ohne weiteres erkennbar ist, so ist doch z. B. Schmidt, der hervorragendste Vertreter dieser Auffassung, ein Anhänger des Rechtsschutzanspruchs, Lb. S. 16 ff.; ebenfalls Schultz, S. 105, Anm. 4, vgl. auch S. 415 ff.

[412]) So vertritt Schultz z. B. sogar die Ansicht, daß der Vollstreckungsanspruch unabhängig von dem materiellen Anspruch ist. Jedoch dadurch, daß er mit Hilfe der „materiellen Rechtskraftwirkung" ein neues materielles Recht schafft (was jedoch nach der herrschenden prozessualen Rechtskraftlehre abzulehnen ist) und dieses eng mit dem Vollstreckungstitel verbindet, kommt er zu demselben Ergebnis, vgl. S. 105, Anm. 4.

lichkeit) des Gläubigers jedoch unabhängig von dem Vorhandensein des materiellen Anspruchs, dann kann mit der Feststellung seines Nichtbestehens nichts gegen die drohende oder bereits begonnene Vollstreckung gewonnen sein. Von den Vertretern der prozessualen Richtung wird diese Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts mit aller Schärfe ausdrücklich betont.[413]) Eine andere Stellung können diese zu diesem grundsätzlichen Problem unseres Vollstreckungsrechts auch gar nicht einnehmen; denn nur dann, wenn der Vollstreckungsanspruch bereits untergegangen ist, kann von einer Feststellung seines Nichtmehrbestehens die Rede sein.

Der Ausgangspunkt dieser Lehren ist nach unserer heutigen Auffassung unhaltbar. Die Vollstreckungsmöglichkeit des Gläubigers hat als prozessuale Voraussetzung lediglich das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels. Die privatrechtliche Feststellungstheorie könnte allein auf dem Boden der privatrechtlichen Lehre vom Vollstreckungsrecht vertreten werden. Wenn nach dieser Anschauung die Vollstreckbarkeit lediglich eine Eigenschaft des privatrechtlichen Anspruchs darstellt, der Gläubiger mit seinem Privatrecht die diesem „immanente Zwangsbefugnis" besitzt, bleibt allerdings für eine Vollstreckbarkeit des materiell vielleicht nie entstandenen oder bereits wieder erloschenen Anspruchs kein Raum. Daß jedoch diese Theorie, nach der Träger der Vollstreckungsgewalt der Gläubiger ist, mit unserem Zwangsvollstreckungsrecht nicht zu vereinbaren ist, ist bereits nachgewiesen worden.[414])

Vor allem ist aber auch die gegebene Begründung der abgelehnten Lehren unhaltbar. Der § 775, auf den man gern hinweist,[415]) spricht nicht für die Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs. Es ist längst mit guten Gründen nachgewiesen worden, daß nicht die materielle Befriedigung des Gläubigers, sondern das Vorliegen gewisser „neutraler, urkundlicher Vorgänge" die Einstellung der Vollstreckung nach § 775 zur Folge hat, daß weiterhin die Aufhebung durch den Gerichtsvollzieher (§ 776) auf Grund der Gebote des § 775 sich immer nur „auf die bereits vollzogenen einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen, nicht dagegen auf die Vollstreckbarkeit im Sinne des Vollstreckungsrechts oder -anspruchs" bezieht.[416]) Darüber hinaus sprechen auch allgemeine zwangsvollstreckungsrechtliche Erwägungen gegen den abgelehnten Standpunkt. So muß z. B. der Vollstreckungsgläubiger während des Zwangsvollstreckungsverfahrens niemals den Beweis erbringen, daß sein materieller Anspruch noch besteht. Dies müßte jedoch, wenn die ZPO. von der von der privatrechtlichen Lehre gelehrten Abhängigkeit ausginge, gefordert werden.[417]) Eine erschöpfende Aufzählung all der Gründe, die für die Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Standpunkt sprechen, ist hier nicht möglich, auch ist dies des öfteren in Arbeiten geschehen, die sich lediglich mit der rechtlichen Natur der Vollstreckungsgegenklage beschäftigen.[418]) Hier müssen wir uns auf die Feststellung beschränken, daß sich diese Gründe als durchschlagend erwiesen haben, und infolgedessen die These von der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts von dem überwiegenden Teil des Schrifttums nach und nach anerkannt worden ist.[419])

---

[413]) So vor allem Langheineken, Urteilsanspruch, S. 164, 180; vgl. dazu Oertmann, a. a. O., S. 204 mit weiterem Schrifttum.

[414]) Vgl. oben S. 14.

[415]) So u. a. Schmidt, S. 1013, Anm. 1.

[416]) So Oertmann, a. a. O., S. 207 ff.; bes. 108/109; vgl. auch Köhler, S. 12 ff; Seldt, S. 11.

[417]) Vgl. statt aller Oertmann, a. a. O., S. 210 ff.

[418]) Außer Oertmann a. a. O. S. 207 ff. vgl. Köhler, S. 2ff.; Weidert, S. 1 ff. u. a

[419]) Für diese Unabhängigkeit treten von den Verfechtern des Rechtsschutzanspruchs ein: Helwig, Anspruch und Klagrecht, S. 491 ff., Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 17 ff.; Oertmann,

Damit ist bereits auf dem Boden der Lehre vom Vollstreckungsanspruch der Weg für eine rein prozessuale Auffassung in bezug auf die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage frei.

2) Ehe jedoch auf diese eingegangen werden kann, muß noch der Anschauung gedacht werden, die das Rechtsmittel des § 767 zu einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung, also zu einer Leistungsklage, stempelt. Nach dieser sog. Kondiktionstheorie befindet sich bei fehlendem materiellem Anspruch der Vollstreckungstitel „ohne rechtfertigenden Grund" (sine causa) in dem Vermögen des Gläubigers. Der Vollstreckungsschuldner (Kläger) soll danach vom Richter begehren, „daß er denselben in rechtsnormierender Tätigkeit vernichte, indem er die Vollstreckung für unzulässig erkläre.[420])

Diese Lehre bedeutet gegenüber den bereits behandelten Auffassungen insofern einen bedeutenden Schritt weiter zur richtigen Erkenntnis der Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage, als sie zum erstenmal mit aller Deutlichkeit als Ziel (Klaggegenstand) derselben die Beseitigung des Vollstreckungsrechts festgestellt und damit dessen Unabhängigkeit vom materiellen Anspruch zur Voraussetzung hat. Nicht ohne Berechtigung ist darum ihr Hauptvertreter, Oetker, der bereits im Jahre 1889[421]) diese Auffassung verfochten hat, als Vorläufer der noch zu besprechenden Lehre der Rechtsgestaltungsklage bezeichnet worden.[422])

Wenn diese Lehre auch einen nicht zu bezweifelnden Fortschritt gebracht hat, auf dem als Grundlage weiter gearbeitet worden ist, so werden doch andererseits durch den Gedanken der ungerechtfertigten Bereicherung unerfreulicherweise privatrechtliche Gedankengänge hineingebracht, die zu einem schiefen, ja falschen Ergebnis führen müssen. Mag man auch den des öfteren erhobenen Einwand, das Vollstreckungsrecht sei kein privatrechtlicher Vorteil (Bereicheruung) des Gläubigers, noch sei er aus dem Vermögen des Schuldners erlangt, mit Oertmann[423] nicht für unbedingt durchschlagend erachten, so sprechen doch andere wichtige Gründe gegen die Konditiktionstheorie. Die Bereicherungsansprüche sind ausgesprochen privatrechtliche Rechtsbehelfe, die in den §§ 812 ff. BGB ihre nähere Ausgestaltung gefunden haben. Der Bereicherungsanspruch geht auf Herausgabe bzw. Wertersatz des Empfangenen. Demgemäß müßte nach der Kondiktionstheorie die Vollstreckungsgegenklage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels oder auf Verzicht der Vollstreckungsmöglichkeit gehen. Abgesehen davon, daß das gar nicht immer von dem Gläubiger — z. B. bei Stundung der Leistung — verlangt werden könnte, würde es, wie Oertmann mit Recht hervorhebt,[424]) einen Umweg be-

---

a. a. O., S. 202 ff., mit weiterem Schrifttum Anm. 12; von den Gegnern des Rechtsschutzanspruchs sind hier zu nennen: Kohler, ZZP. 33, 217 ff., Prozeß als Rechtsverh., S. 118; Weismann, Lb. 2, S. 11 ff.; weiteres Schrifttum ebenfalls bei Oertmann, a. a. O., S. 206, Anm. 10.

420) So Oetker, Konkursrechtliche Fragen, S. 86, siehe auch Konkursrechtliche Grundbegriffe, S. 213, 580; zustimmend Pagenstecher, materielle Rechtskraft, S. 373 ff.; auch Kohler ist in gewissem Sinne hierher zu rechnen, Arch.-Ziv.-Pr. 72, 15 ff.; 80, 141 ff., 157 ff. und ZZP. 29, 14 ff. Einzelheiten über Kohlers Lehre s. b. Oertmann, a. a. O., S. 229 ff., und Köhler, S. 28 ff.; ähnlich wie Oetker auch Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 des BGB (1904), S. 106 ff., der allerdings von einer condicto ob causam finitam redet und der äußeren Form nach in der Klage „eine negative Feststellungslage" sieht, gegen Schwartz, vgl. Oertmann, a. a. O., S. 228 ff.

421) Konkursrechtliche Fragen sind in diesem Jahre erschienen.

422) So von Köhler, S. 38—59; dort auch angeführte Zitate aus den Konkursrechtlichen Grundbegriffen; diese dort genannten Zitate könnten ebensogut von einem Vertreter der Rechtsgestaltungsklage ausgesprochen worden sein.

423) Vollstreckungsgegenklage, S. 230 ff.

424) A. a. O., S. 233.

deuten, „wenn dieselbe Staatsgewalt, deren Spruch dem Gläubiger das Vollstreckungsrecht verliehen hat, ihn erst noch zu einem Verzicht auf dies Recht veranlassen müßte, statt ihm das verliehene wegen Wegfalls der materiellen Grundlage ihrerseits einfach wieder zu entziehen".

Auch dürfte es rechtlich nicht ganz zweifelsfrei liegen, ob der Gläubiger mit unmittelbarer (prozessualer) Wirkung überhaupt auf seine Vollstreckungsmöglichkeit verzichten kann. Wie dem auch sei, das durch die Vollstreckungsgegenklage aufzuhebende Recht ist ein rein öffentlich-rechtliches. Es geht nicht an, dies durch die nur auf privatrechtliche Verhältnisse zugeschnittenen Bereicherungsansprüche des BGB erreichen zu wollen.[425]) So ist die Kondiktionstheorie — allerdings, wie bereits angedeutet, mit unterschiedlicher Begründung — auch allgemein abgelehnt worden[426]) und zählt im modernen Schrifttum, soweit ersichtlich, keine Anhänger mehr.

3) Die Lehre von der Rechtsgestaltungsklage zieht schließlich aus der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch die für die Vollstreckungsgegenklage richtige Folgerung.

Nach dieser publizistischen Auffassung stellt sich der Rechtsbehelf aus § 767 als eine auf ein konstitutives, rechtsgestaltendes Urteil gehende Klage dar. Das Urteil hat die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären und damit die Vollstreckbarkeit des früheren Urteils für immer oder nur auf bestimmte Zeit — z. B. bei Stundung des materiellen Anspruchs — ex nunc aufzuheben. Gegenstand der Klage ist damit ein prozessualer, und zwar Änderung der prozessualen Rechtslage dadurch, daß das Urteil als „Vollstreckungserreger" (nicht dessen Rechtskraftwirkung) beseitigt wird.[427]) Die den Anspruch betreffenden Einwendungen betreffen lediglich die Klagegrundlage.

Diese Lehre, die schon im Jahre 1911 von dem überwiegenden Teil des Schrifttums vertreten worden ist, kann heute unbedenklich als die herrschende bezeichnet werden.[428])

Diese wohl endgültige öffentlich-rechtliche Auffassung wird der Natur der Vollstreckungsgegenklage allein gerecht. Ihre Begründung ergibt sich aus dem bereits oben Gesagten. Die Klage aus § 767 erscheint damit als dasjenige Mittel des Gesetzes, das bestimmt ist, einen im Laufe des Verfahrens aufgetretenen Zwiespalt zwischen prozessualer und materieller Rechtslage wieder zu beseitigen. Wenn die „dringend notwendige Schneidigkeit" der Zwangsvollstreckung eine selbständige, vom materiellen Anspruch unabhängige Gestaltung des Vollstreckungsrechts fordert, gibt die Vollstreckungsgegenklage die Möglichkeit, den letzten Zweck der Vollstreckung: dem Gläubiger nur das zukommen zu lassen, welches Inhalt seiner Forderung ist, wieder zur Geltung zu bringen.[429])

Die genannten Vertreter eines öffentlich-rechtlichen Begriffs der Vollstreckungsgegenklage gehen allerdings noch fast durchweg von der Auffassung aus, daß der dem Gläubiger zustehende Vollstreckungsanspruch durch die Vollstreckungsgegenklage beseitigt wird. Unter Anwendung der oben S. 15 ff. ge-

---

425) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 233, und Weismann, Lb. Bd. 2, S. 97.

426) Weiteres Schrifttum gegen diese Lehre s. bei Oertmann a. a. O., S. 230 ff.

427) Die Einstellung bzw. Aufhebung der bereits vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erfolgt durch den GV. nach §§ 775, 776.

428) Von der älteren Literatur vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 166 ff., 491 ff., Lb. Bd. 1, S. 379; Hellwig-Oertmann, Syst. Bd. 2, S. 193 ff., mit weiterem Schrifttum Anm. 10; Oertmann, Vollstreckungsgegenklage, S. 234 ff., ebenfalls mit Lit. Anf. 58; von den modernen Schriftstellern vgl. Blomeyer, S. 49 ff.; Köhler, S. 46 ff.; Seldt, S. 10 ff.; Weidert, S. 13 ff.; und die Kommentare Förster-Kann, § 767, 1; Seuffert-Walsmann, § 767, 1; Stein-Jonas, § 767, I, 1, 2; Baumbach, § 767, 1; Sydow-Busch, § 767, 4.

429) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 237/38.

wonnenen Erkenntnis wird gesagt werden müssen, daß dem Gläubiger durch die Klage aus § 767 die Vollstreckungs*möglichkeit*, d. h. die ihm durch den Vollstreckungstitel gegebene prozessuale Stellung, auf Grund deren er die Zwangsvollstreckung betreiben kann, wieder genommen wird.

Das *Reichsgericht* läßt von Anfang an keinen Zweifel darüber aufkommen, daß notwendige Voraussetzung für das Vollstreckungsrecht das Vorhandensein eines geeigneten Vollstreckungstitels ist.[430])

Ob der Bestand des durch das Vorurteil festgestellten materiellen Anspruchs daneben ein weiteres Erfordernis ist, kommt dagegen in den älteren reichsgerichtlichen Entscheidungen nicht mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck. Zwar hat das RG. nie der Lehre das Wort geredet, die in der Vollstreckungsklage eine reine Leistungsklage sieht; denn es hat in ständiger Rechtsprechung eine Beschränkung der Klage auf die Zeit nach Beginn der Zwangsvollstreckung abgelehnt.[431]) Auch ist das RG. nie Anhänger der Ansicht gewesen, nach der die Vollstreckungsgegenklage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des materiellen Anspruchs gerichtet ist. Vom ersten Zivilsenat wird bereits im Jahre 1903 betont, daß „für die Vollstreckungsgegenklage ... die negative Feststellung des materiellen Anspruchs weder erforderlich noch genügend" ist.[432]) Folgerichtig wird darum die negative Feststellungsklage (§ 256) neben dem Rechtsmittel aus § 767 zugelassen.[433])

Zur Begründung wird auf die Zweckverschiedenheit beider Institute hingewiesen: „Sie (erg. die Vollstreckungsgegenklage) bezweckt den richterlichen Ausspruch, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unzulässig sei, und diese Richtung auf die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, gegenwärtiger oder künftiger, ist ihr wesentlich. Der Anspruch, der mit einer Klage auf Feststellung des materiellen Verhältnisses geltend gemacht wird, ist damit nicht identisch.[434])

Damit ist eindeutig bestimmt, daß Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage ein prozessualer (öffentlich-rechtlicher): das Vollstreckungsrecht ist, während die Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch auch nach dem RG. lediglich den Klagegrund abgeben.[435]) Dagegen ist mit Festlegung des Klagegegenstandes und -grundes noch nicht gesagt, ob das Urteil auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des Vollstreckungsrechts gerichtet ist oder rechtsgestaltend dies erst vernichtet.[436])

In den älteren Entscheidungen kann u. E. noch keine bestimmte Stellungnahme zugunsten der prozessualen Feststellungs- oder der Rechtsgestaltungstheorie festgestellt werden. Die Formulierungen können sowohl für die eine wie andere Ansicht sprechen. Wenn Oertmann[437]) und Seldt[438]) glauben, die Erkenntnisse RGZ. 35, 395 ff. und SA. 59, 77 ff., Nr. 43, im Sinne einer Rechtsgestaltungsklage auslegen zu müssen, so dürfte der Wunsch, das dem so sein

---

430) So bereits eine Entscheidung aus dem Jahre 1891, SA. 46, 476, Nr. 295.

431) So RGZ. 38, 428 (429); JW. 1895, 517, Nr. 1; RGZ. 45, 343 (344); vgl. auch oben Anmerkung 407.

432) SA. 59, S. 78, Nr. 43 = JW. 1903, S. 398 ff., Nr. 6.

433) So außer den Anm. 332 genannten Entscheidungen SA. 44, S. 376, Nr. 236; RGZ. 38, 428–29; 100, 123 (126)

434) SA. 59, S. 78; vgl. auch JW. 1904, S. 58 ff., Nr. 14: „Klage bezweckt dagegen die Aufhebung der Vollstreckung, weil die Forderung nicht mehr zu Recht besteht" (S. 59).

435) SA. 59, 79.

436) So Oertmann, Vollstreckungsgegenklage, S. 219 bzgl. SA. 59, 77, Nr. 43; in „Das RG. und die Grundbegriffe ..." (S. 89), dagegen glaubt er annehmen zu müssen, daß diese Entscheidung der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch und damit der Lehre der Rechtsgestaltungsklage das Wort redet.

437) Vgl. vorherige Anm.

möge, bei diesen Feststellungen die Feder geführt haben. Wenn in RGZ. 35, 398 betont wird, daß durch die nach § 686 zugelassenen materiellen Einwendungen „die Existenz der zu vollstreckenden Entscheidung selbst ... nicht in Frage gestellt werden" kann, so spricht das weder für noch gegen die Annahme einer Rechtsgestaltungsklage. Auch vom Boden der Lehre aus, die die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechts gehen läßt, kann man den Standpunkt vertreten, daß die Rechtskraftwirkung des Urteils durch die Entscheidung nach § 767 nicht berührt wird. Andererseits dürften einige Wendungen sogar für ein Hinneigen des RG. zur prozessualen Feststellungstheorie sprechen. Wenn auch aus der Formulierung, „daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unzulässig sei",[439]) nicht notwendig diese Folgerung gezogen werden muß, so spricht doch eine andere Äußerung des 7. Zivilsenats (JW. 1904, S. 58, Nr. 14) entschiedener für diese Annahme. Es heißt dort: „Diese Klage ist nicht notwendig eine Feststellungsklage; wenn Vollstreckungsmaßregeln bereits getroffen sind, kann der Klagantrag unbedenklich auf deren Beseitigung gehen." Daraus erhellt, daß der erkennende Senat vor Beginn der Zwangsvollstreckung in dem Rechtsbehelf aus § 767 offenbar eine Feststellungsklage erblickt, wenn mit den Vollstreckungsmaßnahmen bereits begonnen ist, dagegen eine Rechtsgestaltungsklage annimmt.

Doch dürfen u. E. diese Schlüsse nur mit Vorbehalt gezogen werden. Dem Stand der damaligen reichsgerichtlichen Rechtsprechung dürften wir am besten mit folgender Feststellung gerecht werden: Die Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. Ansätze sind vorhanden, die eine Entwicklung sowohl in Richtung auf die eine wie die andere der noch in Frage stehenden Auffassungen (prozessuale Feststellungstheorie, Lehre der Rechtsgestaltungsklage) möglich erscheinen lassen.

Die Entscheidung fällt bereits im Jahre 1911 durch ein Urteil des 1. Zivilsenats (RGZ. 75, 199 ff.): „Die Vollstreckungsgegenklage führt nicht zu einer neuen Entscheidung des rechtskräftig entschiedenen Prozesses nach Maßgabe des geänderten Sachverhalts, sondern die Entscheidung bleibt bestehen, und es wird nur, weil die neuen Einwendungen ergeben, daß der Anspruch nachträglich weggefallen ist, die Wirkung der Entscheidung als Vollstreckungstitels für diesen aufgehoben" (S. 201).

Der Senat gibt damit zu erkennen, daß er sich der Rechtsgestaltungstheorie anschließt; denn, wenn von einer Aufhebung des Titels als Vollstreckungserregers gesprochen wird, kann damit nur gemeint sein, daß diese Wirkung konstitutiv durch das auf die Vollstreckungsgegenklage hin ergehende Urteil aufgehoben wird. Gleichzeitig ist damit zum Ausdruck gebracht, daß die Vollstreckungsmöglichkeit des Gläubigers unabhängig von dem materiellen Anspruch zu denken ist.

Der 7. Senat schließt sich in RGZ. 100, 98 (100) dieser Auffassung an.

Entgegenstehende Erkenntnisse aus späterer Zeit sind uns nicht bekannt geworden. Somit darf wohl unbedenklich angenommen werden, daß das RG. heute mit der herrschenden wissenschaftlichen Lehre in der Klage aus § 767 eine solche auf Gestaltung des prozessualen Zustandes erblickt. Es darf hier nochmals darauf hingewiesen werden, daß sich das RG. niemals der Lehre vom Vollstreckungsanspruch angeschlossen hat (vgl. ob. S. 18 ff.), so daß der

---

438) S. 16—17.

439) SA. 59, 78: Oertmann, Das RG. und die Grundbegriffe, gibt selbst zu, daß dieser „Passus" besonders „mißverständlich" sei, wie überhaupt diese Entscheidung „in der Klarheit der Formulierung nicht der Weisheit letzter Schluß" darstelle.

Annahme, das auf die Vollstreckungsgegenklage hin ergehende Urteil beseitigt die Vollstreckungs*möglichkeit* des Gläubigers, auch vom reichsgerichtlichen Standpunkt aus keine Bedenken entgegenstehen.

II. In bezug auf die Rechtsnatur der Widerspruchsklage (§ 771, 690 a. F.), d. h. desjenigen Rechtsmittels, mit dem der in seinen Rechten betroffene Drittberechtigte gegen die Zwangsvollstreckung vorgehen kann, hat sich ungefähr im Laufe der letzten 50 Jahre ein ähnlicher Auffassungswandel wie bei der Vollstreckungsgegenklage vollzogen.

Indem man von dem in der Prozeßrechtswissenschaft fast bis zur Jahrhundertwende überwiegend anerkannten Grundsatz ausgeht, daß die Grundlage einer jeden Klage im bürgerlichen Recht zu suchen sei, sieht man in der Widerspruchsklage anfangs lediglich die Entfaltung eines privatrechtlichen Einzelanspruchs. Je nach dem geltend gemachten Privatrecht faßt man die Klage als rei vindicatio (bzw. actio negatoria), Besitzklage usw. auf. Das Widerspruchsrecht nach § 771 wird nicht als ein besonderes Klagerecht verstanden, sondern die Bedeutung dieses Paragraphen lediglich darin gefunden, daß die bereits nach dem bürgerlichen Recht begründeten Klagen dadurch eine besondere prozessuale Ausgestaltung, insbesondere in bezug auf den Gerichtsstand, erfahren haben.[440])

Diese rein privatrechtliche Auffassung geht auf die das gemeine Prozeßrecht beherrschende Lehre vom Wesen und den Arten des Klagerechts zurück, die in dem Werk von Wetzel[441]) ihren klassischen Ausdruck gefunden hat. Nach Wetzel ist die actio ein „obligationsähnliches",[442]) also materielles Recht, mit Richtung gegen den Gegner. Dieser Auffassung gemäß kann die Einteilung der einzelnen Klagearten auch nur nach materiellen Gesichtspunkten erfolgen. So unterscheidet Wetzel, je nach dem Recht, das geltend gemacht wird: Statusklagen, Klagen aus Obligationen und dingliche Klagen. Von dieser Grundlage aus wird uns erst die behandelte Lehre verständlich.

Es ist unschwer ersichtlich, daß diese privatrechtliche Lehre vom Klagrecht auf derselben geistigen Einstellung zum Prozeßrecht beruht, wie die uns schon wiederholt beschäftigte privatrechtliche Auffassung vom Vollstreckungsrecht und darum wie diese heute unhaltbar und längst überholt ist. Bereits mit der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, als dessen eine Unterart sich das Klagrecht (der Urteilsanspruch) darstellt, ist dieses — ebenso wie der Vollstreckungsanspruch als die zweite Art des Rechtsschutzanspruchs — aus einer engen privatrechtlichen Bindung befreit und zu einem gegen den Staat gerichteten publizistischen Anspruch geworden. Erst jetzt ist die Möglichkeit, die Klagen nach prozeßrechtlichen Gesichtspunkten einzuteilen, gegeben. So unterscheidet man alsbald die Feststellungs- und Leistungs-(Verurteilungs-)Klage,[443]) zu denen als dritte Art die Rechtsgestaltungs-(Bewirkungs-)Klage hinzukommt.[444]) Damit ist jedoch eine Auffassung, die in der Widerspruchsklage z. B. eine rei vindicatio sieht, unhaltbar geworden.

Allerdings ist mit der Lehre vom Rechtsschutzanspruch die Entscheidung noch nicht unbedingt zugunsten einer rein prozessualen Lehre gefallen. Wenn Sohm

---

440) Kühne, Gruchots Beitr. 23, 497 ff., bes. 503 (1879), Nessel, Gruch. Beitr. 28, 82 ff., bes. 108 (1884); weiteres Schrifttum bei Sohm, S. 5—6, Fußnoten 2—12, die dort angeführten Vertreter haben ihre Ansicht fast durchweg vor 1900 vertreten.

441) System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.

442) A. a. O., S. 39.

443) Wach, Hdb. Bd. 1, S. 13.

444) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 149 ff., Lb. Bd. 1, S. 399 ff., Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 39.

in dem Meinungsstreit über das Wesen des Rechtsbehelfs des § 771 lediglich „einen versteckten Kampf der Anschauungen über das Wesen vom Klagrecht und seinen Arten" sieht,[445]) können wir ihm in dieser allgemeinen Fassung nicht beipflichten. Zwar hat Sohm dadurch, daß er die sich gegenüberstehenden Lehren von der Rechtsnatur der Widerspruchsklage von der höheren Warte des Klagrechtsbegriffs aus zu begreifen sucht, unzweifelhaft auf einen richtigen Gedanken hingewiesen; doch wird damit allein der ganze Meinungsstreit und die daraus folgende Entwicklung nicht erschöpfend geklärt. Zwar ist die bereits geschilderte älteste Auffassung von dem Begriff der Widerspruchsklage restlos durch den Hinweis auf die privatrechtliche Lehre vom Klagrecht zu erklären und steht und fällt mit dieser, doch für die Frage, ob die Widerspruchsklage als Leistungs-, Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsklage anzusehen ist, ist damit nichts gewonnen.

Indem man der modernen Klageinteilung folgt, faßt man die Interventionsklage alsbald als Leistungsklage auf, die man auf die Verurteilung des Gläubigers zur Freigabe[446]) oder auf die „Beseitigung des Pfandrechts und die Wiederherstellung des früheren Zustandes"[447]) gerichtet sein läßt.

Wenn Falkmann (S. 411) ausführt, daß „der Widerspruch . . . kein selbständiges Recht" sei, „sondern nur die Form, in der ein behauptetes materielles Recht geltend gemacht" wird, so geht hieraus ebenfalls hervor, daß auch diese Lehre auf dem Boden des privatrechtlichen Klagrechts steht.[448])

Vor allem jedoch beruft man sich zur Begründung auf die Wirkungen der Pfändung, die „ausschließlich zivilrechtlicher Natur" seien.

Weil diese rein privatrechtliche Beschränkung (Pfändungspfandrecht) bei Nichtvorhandensein des § 771 mit dem gewöhnlichen privatrechtlichen Rechtsmittel beseitigt werden müßte, glaubt man, zu der Annahme einer materiellen Leistungsklage berechtigt zu sein.[449]) Damit wird erkennbar, daß diese Auffassung von der Rechtsnatur der Widerspruchsklage nicht nur auf der unhaltbar privatrechtlichen Lehre vom Klagrecht, sondern weiterhin auf der falschen privatrechtlichen Pfändungslehre beruht, nach welcher die Pfändung lediglich eine Pfandrechtsbegründung darstellt. Daraus ergibt sich zugleich die Widerlegung dieser obigen Ansicht. Abgesehen davon, daß ein Pfandrecht bei Pfändung eines einem Dritten gehörenden Gegenstandes nach herrschender und richtiger Ansicht nicht entsteht, verkennt diese Lehre völlig das Wesen der Pfändung als eines öffentlich-rechtlichen Aktes und muß, da sie die durch die Beschlagnahme hervorgerufene Rechtslage (Verstrickung) leugnet, notwendig zu einer falschen Auffassung vom Wesen der Widerspruchsklage kommen.

Von einem unrichtigen Pfändungsbegriff gehen auch die materielle und prozessuale Feststellungstheorie aus, d. h. diejenigen Lehren, die in der Widerspruchsklage eine positive oder negative Feststellungsklage erblicken. Sie entwickeln sich ungefähr gleichlaufend mit der Lehre der Leistungsklage. Ihre

---

445) S. 2, dort befindet sich auch eine Darstellung der einzelnen Meinungen, S. 4 ff.; weitere Literaturhinweise s. bes. S. 2 Anm. 1.

446) Gütermann, Die rechtliche Grundlage der Widerspruchsklage, Diss. 1896, S. 90 ff., besonders S. 119.

447) Falkmann-Mugdan, S. 411 ff.; ähnlich früher Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung (1891), der allerdings die Feststellungsklage zunächst auf die „Feststellung . . . des materiellen Rechts" gerichtet sein läßt. „Die Aufhebung der betr. Vollstreckungsmaßregeln . . . bildet dann nur die gesetzmäßige Folge dieser Feststellung" (S. 235). Da aber lediglich wegen dieses Erfolges die Feststellung begehrt wird, kommt Frommhold dennoch zur Annahme einer Leistungsklage, S. 239—240 u. a.

448) Im einzelnen ist dies auch bzgl. der übrigen genannten Vertreter von Sohm, S. 6 ff., nachgewiesen; dort auch Angabe weiteren Schrifttums.

449) Falkmann-Mugdan, S. 411.

ersten Ansätze finden sich Ende des 19. Jahrhunderts, im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts werden sie dann von einem großen Teil der Wissenschaftler vertreten.

Nach der materiellen Feststellungstheorie geht die Widerspruchsklage entweder positiv auf die Feststellung des Rechts des Dritten (Klägers)[450]) oder negativ auf die Feststellung der Nichtzugehörigkeit des gepfändeten Gegenstandes zum Schuldnervermögen, bzw. darauf, daß kein Pfändungspfandrecht an dem fraglichen Vermögensstück entstanden ist. Das Vollstreckungsorgan ist — so folgert man weiter — kraft Gesetzes auf Grund der Feststellung zur Einstellung der Zwangsvollstreckung verpflichtet.[451])

Bereits aus der Bestimmung des Klaggegenstandes geht hervor, daß auch die Vertreter dieser Meinung die Wirkung der Pfändung mit der Pfandrechtsbegründung für erschöpft halten. Mit Recht werden sie darum auch allgemein zu der materiellen Lehre gerechnet. Dennoch finden sich bei ihnen schon die Ansätze, die schließlich zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung vom Wesen der Widerspruchsklage führen sollten. Indem ihre Anhänger von einem publizistischen Klagrechtsbegriff ausgehen,[452]) lösen sie die Widerspruchsklage von dem materiellen Anspruch insofern, als diese von nun an nicht mehr als eine bloße Eigenschaft (Zubehör) des Privatrechts erscheint, sondern als Ausübung des publizistischen Klagrechts zu verstehen ist. Darüber hinaus geht diese Lehre von einer anderen Problemstellung aus. Während die vorher behandelten rein privatrechtlichen Theorien von der Frage nach der Zugehörigkeit des gepfändeten Gegenstandes zum Vermögen des D r i t t e n ausgehen, stellen die Vertreter der negativen Feststellungsklage die Frage nach der „Nichtzugehörigkeit" der Sache zum vollstreckungsunterworfenen Vermögen des Schuldners" an den Anfang ihrer Untersuchungen. So können sie auch den nur obligatorisch Berechtigten, soweit er einen Rückerstattungsanspruch gegen den Schuldner (Hinterleger, Verleiher, Verpfänder usw.), nicht nur einen obligatorischen Übergabeanspruch hat (Käufer), die Widerspruchsklage zusprechen, da ja trotz des Gewahrsams des Vollstreckungsschuldners der gepfändete Gegenstand nicht in dessen Vermögen übergegangen ist.[453]) Dies ist nach der rein privatrechtlichen Lehre bei folgerichtiger Durchführung nicht möglich, da der obligatorisch Berechtigte immer nur ein Recht gegen den schuldrechtlich Verpflichteten, niemals gegen einen Dritten haben kann.

Dieser öffentlich-rechtliche Einschlag ist äußerlich leichter erkennbar bei der Lehre, die in dem Rechtsmittel des § 771 eine prozessuale negative Feststellungsklage sieht, die gerichtet ist auf „Feststellung der Unzulässigkeit der konkreten, in die Rechtssphäre des Klägers übergreifenden Zwangsvollstreckung.[454])

Zum erstenmal begegnet uns hier als Klaggegenstand ein prozessualer. Wenn auch diese Lehre ebenfalls von dem publizistischen Klagrecht ausgeht,[455]) so beruht doch auch sie offenbar auf einer falschen Vorstellung von der Pfändung. Nach richtiger Ansicht entsteht durch die Pfändung beim Vorhandensein der wesentlichen prozessualen Voraussetzungen die staatliche Verfangenheit, die unabhängig davon eintritt, ob der gepfändete Gegenstand zum Vermögen des

---

450) Langheineken, Urteilsanspruch, S. 152 ff.

451) Schmidt, Lb., S. 1030 ff., besonders 1031.

452) Den Beweis dafür hat im einzelnen Sohm, S. 17 ff., geführt, so daß wir hier nur auf ihn zu verweisen brauchen.

453) Schmidt, S. 1036 ff.; Langheineken, S. 154 ff., der seine Auffassung deshalb auch in Gegensatz zu denen stellt, die eine „materiell-rechtliche Klage" annehmen, Anm. 18.

454) Seuffert, 9. Aufl. (1905), § 771, 1 b; Schultz, S. 448; weiteres Schrifttum bei Sohm, S. 18—19.

455) Die einzelnen Nachweise siehe wieder bei Sohm, S. 19.

Schuldners gehört oder nicht. Jede Pfändung, bei der die Verstrickungswirkung entstanden ist, ist zwangsvollstreckungsrechtlich voll wirksam und als Grundlage für die weitere Vollstreckung geeignet. Es kann darum auch nicht von einer Feststellung der Unzulässigkeit der konkreten Vollstreckungsmaßnahme gesprochen werden.

All die Mängel, die den Versuchen, die Natur der Widerspruchsklage mehr oder weniger materiell-rechtlich zu erklären, notwendig anhaften müssen, werden durch die prozessuale Lehre der Rechtsgestaltungsklage vermieden. Es hat bereits unter der Herrschaft der privatrechtlichen Anschauung nicht an Stimmen gefehlt, die den pozessualen Charakter der Klage betont, ja sogar auf die rechtsgestaltende („konstitutive") Wirkung des Urteils hingewiesen haben.[456])

Diese waren jedoch nicht imstande, einen größeren Einfluß zu entfalten. Es fehlte an der überzeugenden Begründung, die wegen der Verkennung der staatlichen Zwangsvollstreckung, insbesondere des Pfändungsbegriffs, letzten Endes auch noch nicht gegeben werden konnte.

Erst unter dem Einfluß der Schriften Hellwigs[457]) gewinnt die Lehre der Rechtsgestaltungsklage in den Jahren von 1905—1915 immer mehr Boden in der deutschen Rechtswissenschaft, bis sie sich schließlich mit der Auffassung der Pfändung als einer Beschlagnahme endgültig durchsetzt und heute durchweg vom modernen Schrifttum vertreten wird.[458])

Nach dieser wohl endgültigen öffentlich-rechtlichen Lehre stellt sich die Widerspruchsklage als ein Rechtsmittel dar, das auf Änderung eines prozessualen Zustandes gerichtet ist. Der § 771 gibt danach dem Drittberechtigten das Widerspruchsrecht, wenn ein ihm zugehörender, nicht zum Vermögen des Schuldners gehörender Gegenstand von der Zwangsvollstreckung ergriffen worden ist. Somit ist nicht das Vollstreckungsobjekt oder das Pfändungspfandrecht an diesem (bzw. dessen Nichtentstehung), sondern die Verstrickung des Objektes Gegenstand der Klage. Das Urteil selbst greift rechtsgestaltend in die Vollstreckung ein, indem es die vollstreckungsrechtliche Befangenheit (Verstrickung) durchschneidet und die Vollstreckung dadurch ex nunc unzulässig macht.[459]) Die bereits vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wer-

[456]) So bereits im Jahre 1888, allerdings für das österreichische Recht, v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Analyse der Exzindierungsklage, Grünh. Ztschr. 13, 298 ff., bes. 301, 310 ff.: „eine actio, welche . . . durch das Prozeßrecht gegeben ist" (S. 313); für das deutsche Recht — soweit ersichtlich — zuerst Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe (1891., S) 581: „Die Interventionsklage des § 690 . . . geht . . . auf den Anspru des Richters, daß die Vollstre ung etc. unstatthaft sei . . . Das Urteil ist . . . konstitutiv"; Planck, Lb. (1896), S. 705 ff.

[457]) Anspruch und Klagrecht (1900), S. 512 ff.: „Das Prozeßrecht verleiht dem Bedrohten das Wiedrspruchsrecht. Sein Grund ist ein privates Rechtsverhältnis, aber nicht über dieses, sondern über das aus ihm resultierende Widerspruchsrecht wird entschieden" (S. 512); Lb. Bd. 1, S. 398 ff. (1903): „Das Ziel der Klage ist die Realisierung des Widerspruchsrechts durch Aufhebung des Rechtszustandes, der durch die staatliche Vollstreckungsmaßregel geschaffen wurde" (S. 398); Syst. Teil 1 (1912), S. 278: „Letztere (erg. Vollstreckungsmaßregeln) erzeugen auch dann, wenn sie ungerechtfertigt sind und ein Pfändungspfandrecht nicht begründen, die publizistische Pfandverstrickung. Der Benachteiligte kann diese nicht selbst beseitigen", sondern kann nur kraft seines Widerspruchsrechts verlangen, „daß die formell zulässige Zwangsvollstreckung zunächst für unzulässig erklärt und dann aufgehoben werde (§§ 775, 776)".

[458]) Außer den Anm. 456 und 457 Genannten vgl. Sohm, S. 43, der die rechtsgestaltende Wirkung der Klage allerdings nur „in der Erzeugung des auf die Vollstreckung im weiteren Sinne gerichteten Rechtsanspruchs" erblickt. Zu dieser falschen Ansicht kommt er durch die Annahme, daß das Urteil hinsichtlich der „Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung lediglich auf die Feststellung beschränkt" sei (S. 40); dies beruht auf einer Verkennung des Pfändungsbegriffs; August, Das Wesen der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. Erlanger Diss. 1913, S. 68 ff., besonders 76—77; Hellwig-Oertmann, Syst. Teil 2, S. 273 ff.; Schwinge, S. 91; Blohmeyer, S. 55; Förster-Kann, § 771, 1; Seuffert-Walsmann, § 771, 1 b; Stein-Jonas, § 771, I; Baumbach, § 771, 1; weiteres Schrifttum in den Komm., bes. bei Seuffert-Walsmann.

[459]) Tenoriert wird in der Praxis: Die Vollstreckung wird für unzulässig erklärt. Besser: Die Vollstreckung wird aufgehoben.

den auf Grund des rechtsgestaltenden Urteils, das insofern einen Vollstreckungstitel darstellt, nach §§ 775, 776 aufgehoben.[460])

Diese Auffassung, nach der in dem Rechtsmittel des § 771 eine prozessuale Rechtsgestaltungsklage zu erblicken ist, wird dem Wesen der Widerspruchsklage allein gerecht. Die Verstrickung kann nur durch einen späteren entgegenstehenden staatlichen Akt — nicht durch ein Tätigwerden des Gläubigers — aufgehoben werden. Gegen die rechtsgestaltende Natur der Klage spricht auch nicht die Tatsache, daß die bereits vorgenommenen Vollstreckungsmaßnahmen durch eine besondere Handlung des Vollstreckungsorgans nach §§ 775, 776 aufgehoben werden müssen. Die rechtsgestaltende Wirkung kann sich nur von der Rechtskraft des Urteils ab auf die Zukunft, nicht auf die Vergangenheit erstrecken. Eine andere Regelung würde zu einer Rechtsunsicherheit in bezug auf die Gültigkeit vorgenommener Vollstreckungsmaßnahmen führen.

So wird durch die Widerspruchsklage gegenüber der mit Rücksicht auf ein schnelles Durchgreifen nur von formellen Voraussetzungen abhängigen Zwangsvollstreckung der privatrechtliche Grundsatz zur Geltung gebracht, nach dem sich der Gläubiger zu seiner Befriedigung nur an das Vermögen des Schuldners halten darf. Die Widerspruchsklage stellt sich somit — wie auch die Vollstreckungsgegenklage — als ein Punkt unseres Vollstreckungsrechts dar, an dem sich das Prozeß- und Privatrecht auf das engste berühren. Hierin ist auch der letzte Grund dafür zu finden, daß immer wieder Versuche unternommen worden sind, das Wesen dieser Klagen privatrechtlich zu erklären, und der öffentlich-rechtliche Standpunkt sich nur ganz allmählich durchzusetzen vermochte.

Fast alle materiell-rechtlichen Lehren der Wissenschaft haben in den älteren Entscheidungen des Reichsgerichts mehr oder weniger einen Niederschlag gefunden.

Nach einigen Erkenntnissen, die durchaus auf dem Boden der Lehre vom materiellen Klagrecht stehen, stellt sich die Widerspruchsklage lediglich als die Entfaltung eines privatrechtlichen Einzelanspruchs dar. Vor allem erblickt das RG. in ihr eine Eigentumsklage.[461])

Der 6. Zivilsenat dagegen stempelt das Rechtsmittel des § 771 in einer Entscheidung aus dem Jahre 1887 (SA. 42, S. 263, Nr. 187) zu einer Feststellungsklage, indem er hervorhebt, daß die Klage des § 690 a. F. und die des § 231 a. F. „garnicht, in einen Gegensatz zu bringen sind" (S. 264).[462]) Auch wird a. a. O. ausdrücklich auf die privatrechtliche Grundlage hingewiesen, indem betont wird, daß der § 690 a. F. „nicht etwa eine Klage von ganz besonderer Art mit lediglich prozeßrechtlicher Grundlage eingeführt" habe. Auch wird im Anschluß daran in bezug auf die Widerspruchsklage sogar von einer „durch das materielle Recht an die Hand gegebenen Klage" gesprochen (S. 264).

Während die bisher behandelten Entscheidungen es in erster Linie auf das Recht des Drittberechtigten abstellen, stellen andere Erkenntnisse die Pfändung selbst in den Mittelpunkt ihrer Erörterungen, und zwar nur ihre privatrechtliche Wirkung.

---

460) Es handelt sich hier um eine Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne, Hellwig, Syst. Teil 1, S. 278 ff.; unter Zwangsvollstreckung im engeren Sinne ist hier die nur nach §§ 803 ff. zu verstehen.

461) RGZ. 3, 189 (191), 1881: „unzweifelhaft die Eigentumsklage"; JW. 1890, S. 9, Nr. 3; RGZ. 54, 44 (46—47): „Die Klage ist nur auf das . . . Eigentum begründet und verfolgt danach . . . aus dem Eigentum einen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB oder auf Beseitigung einer Beeinträchtigung nach § 1004 BGB".

Der 2. Senat führt in RGZ. 10, 393 (1883) folgendes aus: „Bei einem derartigen Rechtsstreite handelt es sich um die Zulässigkeit der angefochtenen Zwangsvollstreckung, um die Wirksamkeit des Pfandrechtes, welches der Beklagte nach § 709 ZPO erworben hat. Der Kläger sucht das Pfandrecht zu beseitigen. Letzteres ist daher als Streitgegenstand zu betrachten" (S. 394). Diese Entscheidung setzt offenbar noch Pfändung und Pfandrechtsbegründung gleich und sieht das Ziel der Klage darum in der Beseitigung desselben.

Unter dem Bann des privatrechtlichen Pfändungsbegriffs stehen auch die Urteile RGZ. 22, 265 (ZS. V, 1888) und RGZ. 26, 101 (ZS. III, 1890). Der 5. Senat stellt es in seiner Begründung im wesentlichen auf das Pfändungspfandrecht ab, das nicht zur Entstehung gelangt sei und darum dem Beklagten gegenüber dem Vindikationsanspruch des Klägers auch keine privatrechtlichen Gegenansprüche gewähren könne (vgl. S. 270, 271). Der 3. Senat kommt zu einer Bejahung der Widerspruchsklage, weil das Eigentum des Dritten nach bürgerlichem Recht dem Pfandrecht nicht weichen müsse, S. 104.

Ob die Klage aus § 771 auf Feststellung des Nichtbestehens des Pfändungspfandrechts oder auf eine Leistung (Freigabe des gepfändeten Gegenstandes) geht, kommt in diesen Urteilen nicht klar zum Ausdruck. Doch dürfte die letzte Auslegung dem Geist dieser Entscheidungen am ehesten entsprechen.

Unzweifelhaft nimmt eine Pflicht des Pfandgläubigers zur Freigabe und damit eine Leistungsklage ein Urteil des 7. Senats vom 7. 11. 1905 an (RGZ. 61, 430 ff.). Nachdem dieser Senat die Annahme des Berufungsrichters, daß es sich um eine Eigentumsklage auf Herausgabe handele, ausdrücklich abgelehnt und betont hat, daß es sich „um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung" bei der Klage nach § 771 handelt, fährt es folgendermaßen fort: „Ihr Gegenstand ist die Beseitigung der Pfändung; der Pfändungsgläubiger soll nicht sowohl die Sache als Besitzer dem Eigentümer zurückgeben, wie sein äußerlich bestehendes Pfandrecht ... aufgeben; er soll die Sache freigeben" (S. 431—32).

Trotz der Annahme einer Leistungsklage bedeutet diese Entscheidung ohne Zweifel einen Schritt weiter zur richtigen Erkenntnis der Rechtsnatur der Klage. Während einerseits die Annahme einer Eigentumsklage ausdrücklich abgelehnt wird, wird andererseits bereits die Doppelwirkung der Pfändung angedeutet („äußerlich bestehendes Pfandrecht").[463]

Auf dem Boden einer prozessualen Auffassung steht eine Entscheidung des 5. Zivilsenats vom 21. 9. 1905 (SA. 61, S. 251, Nr. 143 = JW. 1905, S. 730, Nr. 26), die „Wesen und Ziel" der Widerspruchsklage dahin bestimmt, „daß auf den im Wege der Klage zur Geltung zu bringenden Widerspruch eines Dritten die in Betracht kommende Zwangsvollstreckung durch Urteil für unzulässig erklärt wird" (S. 253). Wenn auch dieses Urteil — wie auch die späteren Entscheidungen — die Klage nicht als Rechtsgestaltungsklage ausdrücklich bezeichnet, so dürfte es doch der Sache nach die publizistische Lehre vertreten. Für diese Annahme spricht auch, wenn der erkennende Senat am Schluß seiner Urteilsbegründung (S. 253) ausdrücklich betont, daß ein auf die Widerspruchsklage hin ergehendes Urteil „dem obsiegenden Widerspruchskläger nicht das Recht auf eine von dem beklagten Gläubiger zu bewirkende Leistung (Pfandentlassung)" gewährt, „mag auch im einzelnen Fall ein Urteil in nicht zutreffender Weise dahin gefaßt sein, der Beklagte werde zur Freigabe verurteilt". Allerdings fehlt es auch in diesem Urteil noch an einer Begründung aus dem Wesen der Pfändung.

462) Als Feststellungsklage bezeichnet sie auch RG. in Gruchots Beitr. 56, S. 800, Nr. 50.

463) Über die allmähliche Herausbildung der Unterscheidung von Verstrickung und Pfändungspfandrechts in der Rechtsprechung des RG. vgl. oben S. 25 ff.

In ständiger Rechtsprechung betont das RG. von nun an den Unterschied zwischen der Eigentums- und der Widerspruchsklage. Besonders ausführlich handelt von diesem Unterschied RGZ. 70, 25 ff. (ZS. III, 1908). Nach Auffassung des erkennenden Senats handelt es sich bei dem Rechtsbehelf nach § 771 „lediglich um eine Einzelwirkung des geltend gemachten Rechtes. Die Interventionsparteien stehen sich nicht wie Eigentumsprätendenten gegenüber ..., sondern der Interventionskläger verlangt den Ausspruch der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, weil die gepfändete Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehöre, wie durch das die Intervention stützende Recht bewiesen werden soll". Gegenstand der Klage ist „lediglich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung", während das die Verwertung hindernde Recht nur einen „Entscheidungsgrund" darstellt. Diese Gedanken kehren in dieser oder ähnlicher Form fast in allen Entscheidungen wieder.[464])

Damit ist für die reichsgerichtliche Rechtsprechung endgültig entschieden, daß das Recht des Dritten nicht Gegenstand der Klage, sondern nur einen Bestandteil ihrer Begründung darstellt; während Ziel der Klage ein prozessuales, der „Ausspruch der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung", ist.[465])

Eine folgerichtige und zweifellose Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Begriffs der Widerspruchsklage erfolgt jedoch erst durch das Urteil des 3. Senats vom 17. 4. 1912 (RGZ. 79, 241 ff.). In dieser Entscheidung, in der es sich um eine Pfändung von Gegenständen handelt, die der Vollstreckungsgläubigerin selbst gehören, heißt es: „Allerdings würde die Klägerin ... ein Pfändungspfandrecht nicht erworben haben, ... daraus ergibt sich jedoch noch nicht die Unzulässigkeit der Pfändung. Ein Pfändungspfandrecht entsteht auch dann nicht, wenn im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sachen gepfändet werden, die im Eigentum eines Dritten stehen. Die Zivilprozeßordnung ist aber so weit davon entfernt, die Pfändung von Dritten gehörigen Sachen wegen Nichtentstehens des Pfängungspfandrechts für unzulässig zu erklären, daß sie im Gegenteil den Dritten auf den ausschließlichen Weg der Klage verweist und erst auf diese Klage hin dem Prozeßgerichte die Einstellung oder Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln überträgt (§ 771, Abs. 3) ... Diese Zulässigkeit und Wirksamkeit des rein formalen Verfahrens ergibt sich positiv aus der Zivilprozeßordnung, indem sie dem Dritten den ausschließlichen Klageweg eröffnet" (S. 243, 244). Damit ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß das formal zulässige Volstreckungsverfahren erst durch das auf die Widerspruchsklage hin ergehende Urteil unzulässig wird, das Urteil also rechtsgestaltenden Charakter haben muß. Damit hat das RG. aus der Doppelwirkung der Pfändung die für die Widerspruchsklage einzig mögliche Folgerung gezogen.[466])

Die späteren Erkenntnisse des RG. stellen sich mit dieser Entscheidung zwar nicht in Widerspruch, lassen jedoch nicht wie diese eindeutig erkennen, daß sich die Klage gegen die öffentlich-rechtliche Wirkung der Pfändung (Verstrickung) wendet.[467])

Dem, wenn auch zaghaften Bekenntnis zur Lehre von der Rechtsgestalungs-

---

464) RGZ. 67, 310 (312), 1908; 81, 190 (191) = JW. 1913, S. 387; JW. 1934, 1174 ff., Nr. 8; von den älteren Entscheidungen vgl. JW. 1890, S. 333, Nr. 7; 1891, S. 130, Nr. 5, die ebenfalls die Annahme einer Eigentumsklage ablehnen.

465) RGZ. 81, 191; 67, 312: „Der Zweck der Klage ist die Beseitigung der ... erwirkten Zwangspfändung".

466) Vgl. auch RGZ. 40, 288 (290): „Der nur formal bestehenden Pfändung konnte Klägerin bis zur Versteigerung gemäß § 690 ZPO mit dem Erfolg widersprechen, daß die Pfändung aufgehoben und damit der vor der Pfändung bestehende Zustand wieder hergestellt wurde."

467) Vgl. bes. RGZ. 81, 190; JW. 1934, S. 1174, Nr. 8.

klage entspricht die sachliche Stellungnahme des RG. Es hat von jeher die Widerspruchsklage auch dem nur obligatorisch Berechtigten, sofern diesem ein Rückerstattungsanspruch zusteht, zugesprochen und sich damit in dem praktisch wichtigsten Fall zu einem prozeßrechtlichen Standpunkt bekannt.[468])

§ 10.

Der Auffassungswandel in Hinblick auf den Konkursverwalter.

Zum Schluß soll noch der Konkursverwalter, d. h. derjenige „Verwalter" behandelt werden, der die umfassendste Form der Zwangsvollstreckung, den Konkurs, durchzuführen hat.

Um die rechtliche Erkenntnis dieses Instituts ist von jeher am heftigsten gerungen worden, und auch heute kann noch nicht von einem feststehenden, allseitig befriedigenden wissenschaftlichen Ergebnis gesprochen werden.

Anfangs glaubt man, das Konkursverwalteramt[469]) nur mit dem Begriff der gesetzlichen Vertretung erklären zu können. Einigkeit herrscht bzgl. der Annahme, daß eine Vertretung vorliegen müsse. Die Frage nach dem Vertretenen jedoch wird in der nur denkbar möglichen Weise beantwortet. Der KV. soll der Vertreter der Konkursgläubiger, und zwar nach der einen Auffassung der der einzelnen, nach der anderen der der Gesamtheit sein; er soll gleichzeitig die Gläubiger und den Gemeinschuldner, er soll im allgemeinen den Schuldner, nur bei der Anfechtung die Konkursgläubiger vertreten; eine dritte Gruppe sieht in ihm den Vertreter der Konkusmasse, nach den einen soll es sich bei der Masse um ein subjektloses Vermögen, nach den anderen zwar um ein subjektgebundenes, aber dennoch sebständiges Sondervermögen handeln. Schließlich soll der Gemeinschuldner in bezug auf die Konkursmasse von dem Verwalter vertreten werden (Theorie der Schuldnervertretung). Die meisten der Vertretertheorien haben niemals eine herrschende Stellung eingenommen und werden heute allgemein abgelehndt. Die Theorie, nach der die Gläubiger in ihrer Gesamtheit vertreten werden, war in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung die herrschende, wurde jedoch bereits Ende der 80er Jahre von der Lehre der Schuldnervertretung zurückgedrängt.[470]) Diese wird bis in unsere heutige Zeit von namhaften Wissenschaftlern vertreten;[471]) auf sie ist darum hier allein näher einzugehen.

Dieser Lehre geht es allein um die Begründung des privatrechtlichen Außenverhältnisses. Daß der KV. zu dem Schuldner in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis (Mandat usw.) steht, ist, soweit ersichtlich, nie ernstlich vertreten worden. Dies ist gegenüber der öffentlich-rechtlichen Form seiner Bestellung auch nicht gut möglich.

Aus der Fülle der Gründe, die zugunsten dieser privatrechtlichen Lehre angeführt werden, sind besonders drei, die immer wieder anzutreffen sind, hervorzuheben. 1. Der Gemeinschuldner verliere durch die Eröffnung des Kon-

---

468) RGZ. 18, 365; JW. 1902, S. 170, Nr. 29; RGZ. 79, 121 (122); 84, 214 (215) = JW. 1914, 596; 101, 5; 116, 363 (365) = JW. 1927, S. 1638, Nr. 10; vgl. hierzu auch Oertmann, RG. und die Gerundfragen, S. 91 ff., der im Ergebnis zu ähnlichen Feststellungen kommt.

469) Vgl. §§ 81, 84, 86 KO, in denen vom „Amt" gesprochen wird.

470) Endemann, S. 423.

471) Fitting, Konkursrecht, S. 32 ff.; Kleinfeller, Konkresrecht, S. 24 ff.; Lent, S. 275 ff., bes. 302 ff.; Jaeger, Lb. S. 25 ff., Komm., § 6. 3 ff., mit weiterem Schrifttum; dort auch das fast unübersehbare Schrifttum der übrigen Vertretertheorien.

kurses seine „Verfügungsbefugnis", er bedürfe deshalb notwendig eines gesetzlichen Vertreters, diesen erhalte er in dem KV., auf den kraft Gesetzes das dem Schuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht übergegangen sei (§ 6 KO).[472]) 2. Die Wirkungen der Handlungen des KV. treten in der Person des Schuldners ein, er werde in bezug auf sein dem Konkurs unterworfenes Vermögen berechtigt und verpflichtet. „Wer aber mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung für einen anderen und für sein Vermögen ... handeln kann, ist eben sein Vertreter".[473]) Besonders zeige sich seine Vertreterstellung im Prozeß. Die Frage nach dem Wohnsitz und dem Armenrecht sei lediglich in bezug auf die Person des Gemeinschuldners zu beantworten, diesen, bzw. die Konkursmasse treffe die Kostenlast, die Rechtskraftwirkung und die Vollstreckung. Die ZPO habe mit der Parteistellung des KV. nicht Ernst gemacht.[474])

Zu 1. Dieser Grund, der besonders häufig in der älteren Literatur zu finden ist, beruht auf einer Verwechslung der Verfügungs-(Geschäfts-)Fähigkeit und Verfügungsbefugnis. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Stellvertretung liegt sonst immer nur dann vor, wenn es an der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen fehlt, oder eine Beschränkung derselben eingetreten ist. Der Gemeinschuldner ist nach der Konkurseröffnung noch voll geschäftsfähig. Er kann sich nach wie vor rechtswirksam verpflichten, nur sein sachliches Verfügungsrecht (-befugnis) in bezug auf die Konkursmasse ist ihm genommen, nicht seine Verfügungsfähigkeit. Diese stellt eine Eigenschaft eines Rechtssubjekts dar, während die Verfügungsbefugnis nur eine Beziehung des Verfügenden zu dem fraglichen Gegenstande ausdrückt. Dieser Mangel der Verfügungsbefugnis hat nur zur Folge, daß die Rechtshandlung des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind (§ 7 KO).[475])

Zu 2. Wir haben wiederholt feststellen müssen, daß von den privatrechtlichen Wirkungen nicht auf die privatrechtliche Natur eines Rechtsinstituts geschlossen werden kann. Sowohl ein amtliches Organ wie ein gesetzlicher Vertreter kann durch seine Handlungen privatrechtliche Wirkungen auslösen. Dieses Moment kann, obwohl es die Hauptstütze der Vertretertheorie darstellt, den Beweis nicht erbringen.

Zu 3. Dieser Grund führt auf die Lehre vom Parteibegriff zurück. Es kann hier auf den Meinungsstreit, der um den Parteibegriff jahrzehntelang im prozeßrechtlichen Schrifttum geführt worden ist, nicht eingegangen werden; lediglich das Ergebnis können wir hier feststellen. Während man früher fast ausschließlich nur den als Partei zuließ, der auch materiell-rechtlich Träger des im Streit befangenen Rechts war, (materieller Parteibegriff), ging man in Wissenschaft und Rechtsprechung nach und nach dazu über, als Partei diejenigen Personen anzusehen, von denen und gegen welche im eigenen Namen die staatliche Rechtschutzhandlung begehrt wird. Während die materielle Parteilehre notwendig in jedem, der fremde Vermögensinteressen gerichtlich

472) Vgl. statt aller Endemann, S. 423 ff., der von „Dispositionsbefugnis" spricht; Kleinfeller, a. a. O., S. 24.

473) Mit dieser Selbstverständlichkeit beruft sich Fitting, a. a. O., S. 34, darauf.

474) Kleinfeller, a. a. O., S. 25 ff.; Lent, S. 279 ff., u. a.

475) Vgl. Kiel, ZZP. 30, 293 ff.; Nagler, Rechtsgang 1, 94; Kosmalla, S. 52 ff.; dort werden insbesondere die Folgen dieser Verwechslung in bezug auf die prozessuale Stellung des Gemeinschuldners verfolgt. Besitzt der Schuldner im vollen Umfange die Rechts- und Handlungsfähigkeit, dann muß ihm auch die Partei- und Prozeßfähigkeit, die ebenfalls Eigenschaften der Person darstellen, zugesprochen werden. Lediglich die Prozeßführungsbefugnis fehlt. Mißverständlich ist hier der häufig für Prozeßführungsbefugnis gebrauchte Ausdruck „Sachlegitimation" — so auch Kosmalla, S. 56 —; dieser hatte nur vom Standpunkt der Lehre vom materiellen Parteibegriff seine Berechtigung. Vgl. hierzu auch die Komm. der ZPO zu §§ 50, 51.

wahrzunehmen hatte, einen Vertreter sehen mußte, gelangte man mit Hilfe des prozeßrechtlichen Parteibegriffs dazu, auch Rechtsfremden, d. h. solchen Personen, die nicht Träger des im Streit befangenen materiellen Rechts sind, als Partei zuzulassen. Erst jetzt war insbesondere die Möglichkeit geschaffen, die Stellung des KV. und mit ihm die anderer Vermögensverwalter — wie des Nachlaß-, Zwangsverwalters, Testamentsvollstreckers usw. — im Prozeß zu einer selbständigen Parteistellung auszubauen. Man bildete für diese Fälle den prozeßrechtlichen Begriff der „Partei kraft Amtes" heraus. Der Einwand, daß den KV. nicht die Wirkungen des Prozesses treffen usw., er darum im Prozeß nicht Partei, sondern nur Vertreter sein könne, trifft für die anderen Fälle der „Partei kraft Amtes" mit der gleichen Berechtigung zu. Insofern erscheint der Kampf um die rechtliche Stellung des KV. nur als ein Unterfall des Streites um die rechtliche Stellung dieser Verwalter von unselbständigen [476]) Sondervermögen überhaupt. Man kann sogar weiter gehen und sagen, daß dieser Streit um die Parteistellung der Vermögensverwalter nur ein Teilgebiet des Ringens um den formalen Parteibegriff ausmacht, insofern, als ihre Sonderstellung im Prozeß immer wieder als Beweisgrund gegen die Richtigkeit des formellen Parteibegriffs geltend gemacht worden ist.[477]) Die öffentlichrechtliche Parteilehre hat sich durchgesetzt.[478]) Unser modernes Rechtsleben fordert für zahlreiche neue Rechtsgebilde gebieterisch die Loslösung der Parteistellung vom Inhaber des materiellen Rechts. Selbst diejenigen, die in dem KV. noch den Vertreter des Gemeinschuldners sehen, haben sich, wenn auch zögernd, zu dem prozeßrechtlichen Parteibegriff bekennen müssen.[479]) Vom Boden der prozeßrechtlichen Parteilehre aus kann gegen den obigen Einwand gesagt werden, daß die Bestimmungen der ZPO auf den Regelfall, daß Inhaber des materiellen Rechts und Partei zusammenfallen, zugeschnitten sind. Dies ist um so verständlicher, da die ZPO in einer Zeit geschaffen wurde, in der man allein den materiellen Parteibegriff vertrat. Schon aus diesem Grunde kann diesem Hinweis keine Beweiskraft mehr zugesprochen werden. Aber auch materiell-rechtlich ist die prozessuale Sonderstellung des KV. gerechtfertigt. Die prozessierenden Güterverwalter treten nicht für ihre eigenen materiellen Belange, sondern nur als Träger eines Amtes auf. „Ihre Kompetenz erstreckt sich lediglich auf die ihrer Obhut anvertrauten Massen und Objekte, und es ist daher das Gegebene, daß gegen diesen Fonds die Vollstreckung sich richtet . . ." [480])

Abgesehen davon, daß die Begründung der Lehre von der Schuldnervertretung nicht zu überzeugen vermag, sprechen andere Erwägungen gegen ihre Richtigkeit. Schon die Tatsache, daß sich so viele Vertretertheorien entwickeln können, muß die Annahme eines Vertretungsverhältnisses bedenklich erscheinen lassen. Auch sind die Anhänger dieser Lehre gezwungen, zahlreiche Ausnahmen von ihrem Grundsatz zuzugeben. So muß man im Falle der Konkursanfechtung eine Vertretung der Gläubiger annehmen, in den Prozessen des KV. gegen den Gemeinschuldner jenem ein Klagrecht in eigener Sache zugestehen. Hierher gehört auch die Erzwingung des Offenbarungseides des Schuldners durch den Verwalter usw. Jaeger, der heutige Hauptvertreter dieser

476) Insofern, als sie einem Rechtssubjekt gehören und nicht, wie es beim Stiftungsvermögen der Fall ist, selbständigen Zwecken dienen.

477) Vgl. statt aller Nagler, Rechtsgang 1, S. 94 ff., besonders 98—99.

478) Nagler, a. a. O., S. 70 ff., bes. 93 ff., der schon 1913 feststellt, daß sich der formelle Parteibegriff durchgesetzt hat (S. 93); ebenso Förster-Kann, § 50, Vorbem. 1; vgl. weiterhin die Komm. der ZPO zu § 50.

479) Förster-Kann, Vorbem. 1, 3a vor § 50.

480) Nagler, a. a. O., S. 100; s. a. Kosmalla, S. 48 u. a.

Lehre, muß zugeben, daß bei Anwendung jedes auf die gesetzliche Vertretung abgestellten Rechtssatzes zu prüfen sei, „inwieweit er auf die besonders geartete Zwangsvertretung" des KV. paßt.[481])

Wenn auch zugestanden werden muß, daß zum Begriff der Vertretung nicht notwendig ein Handeln im Interesse des Vertretenen gehört, so ist es doch der Normalfall in unserer Rechtsordnung, daß der Vertreter im Interesse einer von vornherein bestimmten Person handelt. „Wenn dagegen der Personenkreis ein nicht subjektiv, sondern objektiv unbestimmter ist, und sogar Personen mit einander widerstreitenden Interessen umfaßt, ... würde eine Vertreterstellung weder stets möglich sein, noch den Anforderungen des praktischen Rechtslebens entsprechen".[482])

Der Hauptangriff gegen die Vertretertheorie ist jedoch nicht von dem Begriff der Vertretung aus, dessen wesentliche Merkmale — handeln im Namen des Vertretenen mit Wirkung für und gegen denselben — mit einiger Schwierigkeit noch den Handlungen des Verwalters und deren Wirkung untergeschoben werden können,[483]) sondern durch den Hinweis auf Ziel und Aufgabe des Konkursverwalteramts und damit letzthin durch Besinnung auf den Zweck des Konkursverfahrens überhaupt geführt worden. Das Konkursverfahren bezweckt die gleichmäßige, anteilsmäßige Befriedigung aller Gläubiger eines zahlungsunfähigen oder überschuldeten Schuldners.[484]) Damit erscheint der Konkurs als ein Zwangsvollstreckungsverfahren, als die Generalexekution, die der Aufgabe dient, das gesamte, zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gehörende Vermögen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung mit Mitteln des Zwanges zu erfassen. Das Konkursverfahren gehört deshalb zur staatlichen Gerichtsbarkeit und stellt sich insofern als ein Ausfluß eines staatlichen Hoheitsrechts und damit als eine staatliche Aufgabe dar, die der Staat zum Schutze der Rechtsordnung übernommen hat. Das Organ, dessen sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgabe bedient, ist der KV. Damit ist auch die Aufgabe dieses Verwalteramtes gegeben. Das Konkursverwalteramt kann, so folgert man weiter, da es eine staatliche Aufgabe erfüllt und damit dem öffentlichen Interesse dient, mit der Annahme eines Vertretungsverhältnisses nicht befriedigend erklärt werden, zumal es sich dabei gleichzeitig um Wahrung entgegengesetzter privater Interessen handelt.[485])

Diese Betrachtungsweise, die sich bewußt von der Beurteilung eines Rechtsinstituts nach seinen Wirkungen freimacht und den Zweck des Konkursverwalteramts in den Mittelpunkt ihrer Erörterungen stellt, schafft die Grundlage für eine öffentlich-rechtlich orientierte Lehre, die sog. Amtstheorie. Diese Lehre ist, nachdem sich auch das RG. in RGZ. 29, 29 (1892) zu ihr bekannt und in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten hat, auch in der Wissenschaft nach und nach zur Herrschaft gelangt, wenn sie auch bis zum heutigen Tage nie unbestritten geblieben ist.[486])

---

[481]) Lb. 28. Komm. § 6, 12b, § 78, 1; Förster-Kann, 3a vor § 50 und die übrigen oben Anm. 471 genannten Schriftsteller, die sämtlich Ausnahmen zulassen müssen.

[482]) Stein-Jonas, Vorbem. I, 2 zu § 50; Nagler, a. a. O., S. 91 u. a.

[483]) Die Angriffe, die von dem Vertreterbegriff aus erhoben worden sind, siehe bei Henrici, Sächs. Arch. 2, 337 ff., bes. 340 ff. (1892); Kiel, ZZP 30, 292 ff.

[484]) Näheres siehe bei Jaeger, Lb., S. 1 ff.

[485]) Vgl. Bunsen, ZZP 26, 256 ff.; Kiel, ZZP 20, 301 ff.; Walsmann, Arch. Bürgl. R. 39, 58 ff.

[486]) Fischer, ZZP 10, 436 (1887), Recht und Rechtsschutz, S. 45, Lehrb. des d. Zivilprozeß- u. Konkursrechts, S. 86; Eccius, Gruchots Beitr. 33, 730 ff., bes. 734 ff. (1889), ebenda 34, 147 ff. (1890); Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. 1, S. 112, 314fff.; Henrici, Sächs. Arch. 2, 361; Stegemann, ZZP 17, 372 ff. (1892), der sich auch mit dem Begriff des Amtes beschäftigt; Harburger, Seuff. Bl. Rechtsanw. 61, S. 241 ff., bes. 249 (1896); Reinhard, Sächs. Arch. 7, 479 ff. (1897); Sarwey-Bossert, Komm. zur KO, § 6, 5 (1901); Kiel, ZZP 30, 302; Mentzel, § 6, 9; vgl. auch die folgenden Anmerkungen; weiteres Schrifttum bei Jaeger, § 6, 2.

Diese Lehre erblickt in dem KV. ein im öffentlichen Interesse geschaffenes amtliches Organ, das seine Legitimation unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt.

Damit ist jedoch keineswegs die Entscheidung zugunsten einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise gefallen. Diese Lehre war — vor allem in der Praxis — aus dem Bedürfnis entstanden, die Stellung des KV. in den von ihm zu führenden Masseprozessen befriedigend zu erklären, d. h. in dem Sinne, daß man ihm die Parteistellung und nicht dem Gemeinschuldner zusprechen konnte. Es leuchtet ein, daß dieses Ziel erreicht war, wenn man nachweisen konnte, daß der KV. nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Träger eigenen Rechts auftritt. Ob dieses Recht ein hoheitliches oder ein Privatrecht, bzw. ob der KV. Träger eines Staatsamtes oder nur eines „Privatamts" ist, ist damit keineswegs entschieden.

Diese Frage ist bis heute noch nicht restlos geklärt. Einmütigkeit herrscht darüber, daß der KV. nicht Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, da er nicht in einem Dienstverhältnis zum Staate steht.[487]) Vereinzelt ist die Verwandtschaft der Stellung des KV. und der anderer Güterverwalter mit den Staatsämtern im engeren Sinn weitgehendst behauptet worden.[488]) Diese Auffassung hat jedoch im prozeßrechtlichen Schrifttum keine Anerkennung gefunden, insbesondere auch den Widerspruch der Staatsrechtler hervorgerufen.[489])

Um die Bedeutung dieser Ablehnung richtig verstehen zu können, ist schon hier auf den Begriff des Staatsamts im engeren Sinne einzugehen. Der Gesetzgeber gebraucht den Begriff des „öffentlichen Amtes" nicht in einem einheitlichen Sinn. So wird von dem Amt eines Vormunds, Pflegers und Richters gesprochen, und doch ist ohne weiteres ersichtlich, daß sich das Amt des Richters von dem der anderen wesentlich unterscheidet. Wir schließen uns hier der Begriffsbestimmung Triepels an: „Ein Staatsamt hat . . ., wer einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von staatlichen Geschäften führt, wer mithin im Namen und in Vertretung des Staates handeln darf, wer als Organ des Staates an der Willensbildung des Staates teilzunehmen befugt ist." Bei einem so verstandenen Begriff des Staatsamtes kann nach Triepel nur ein „Mitglied eines öffentlichen Verbandes" Träger eines Staatsamtes sein. Die Funktionen, die dem Träger eines solchen Amts übertragen sind, erscheinen dann „rechtlich als Funktionen des Verbandes selbst."[490]) Es leuchtet ein, daß das Konkursverwalteramt nicht ein Staatsamt in diesem engeren Sinne darstellt.

Auch der Versuch, die Handlungen des KV. lediglich mit dem Begriff hoheitlicher Zwangsgewalt zu erklären,[491]) dürften als gescheitert gelten, jedenfalls insoweit, als es sich um Handlungen des KV. gegenüber Dritten handelt, d. h. gegenüber solchen Personen, mit denen der Verwalter zwecks Umsetzung der ermittelten Massegegenstände neue Rechtsgeschäfte abschließt, bzw. die bereits

---

487) Mentzel, § 6, 9; Walsmann, Vorbem. 2 zu § 50, Arch. Bürgerl. R. 39, 65; Jaeger, § 78, 1—3, mit weiteren Ausführungen, insbesondere dort Prüfung des Konkursverwalteramtes unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Beamtenbegriffs; u. a.

488) So besonders Hölder, Natürliche und juristische Personen (1905), S. 102, 316 ff.

489) Nagler, a. a. O., S. 97; Triepel, S. 8, s. a. dort Fußn. 2.

490) Triebel, S. 7, mit weiterem Schrifttum.

491) Besonders Bunsen, ZZP 26, 253 ff., arbeitet mit dem Begriff der „öffentlichen Zwangsgewalt", allerdings scheint er nicht in vollem Umfang mit der hoheitlichen Stellung des KV. gegenüber Dritten Ernst machen zu wollen, vgl. S. 259; auch Stegemann, ZZP 17, 372 ff., stellt in den Mittelpunkt seiner Erörterungen das „imperium" des Staates; schließlich will auch Leinemann, LZ. 1927, 964 ff., die Stellung des KV. rein öffentlich-rechtlich erklären; er will dies unter Berufung auf Kormann insbesondere mit dem verwaltungsrechtlichen Begriff des „Ersatzgeschäfts" erreichen (bes. S. 968—969). Er weist damit — wie unten näher auszuführen sein wird — auf einen richtigen Gedanken hin; doch kranken auch seine Ausführungen wie die Bunsens und Stegemanns daran, daß sie nur das Verhältnis des KV. zum Gemeinschuldner berücksichtigen.

abgeschlossenen abwickelt. Tatsächlich kann nicht angenommen werden, daß der KV. Dritten gegenüber Staatsakte vornimmt. Wenn er zwecks Umsetzung der ermittelten Massegegenstände mit Dritten Verträge abschließt, so handelt es sich dabei um solche rein privatrechtlicher Art, auch die Erfüllung derselben ist nach rechtsgeschäftlichen Formen zu beurteilen. Man wird ernstlich nicht behaupten wollen, daß der KV. das Eigentum an einem Massegegenstand auf den Erwerber kraft Staatsaktes — ähnlich dem Gerichtsvollzieher bei der Versteigerung — überträgt.[492])

Andererseits kann aber auch mit dem Begriff des „Privatamts", der in dem modernen Schrifttum des öfteren erscheint,[493]) die rechtliche Stellung des KV. nicht in vollem Umfange befriedigend erklärt werden. Gegen diesen Begriff spricht insbesondere sein unbestimmter Inhalt. Es ist uns nicht möglich gewesen, einen einheitlichen Begriff des Privatamts festzustellen.

Rehm sieht dessen wesentliche Merkmale in der „Besorgung fremder Geschäfte", zu der der Amtsträger „durch obrigkeitlichen Akt" ermächtigt ist. Der Amtsträger soll die Geschäfte vornehmen, um in erster Linie eine ihm auferlegte Pflicht zu erfüllen, nicht um ein ihm zustehendes Recht auszuüben (a. a. O. S. 373—374).[494]) Jaeger kommt zu dieser Bezeichnung, weil das Konkursverwalteramt „ein Wirkungskreis mit vorwiegend privatrechtlichem Inhalt" sei.[495]) Walsmann a. a. O. gebraucht diese Bezeichnung nur, um die rechtliche Stellung des KV. im Gegensatz zu dem Amt zu kennzeichnen, das ganz dem öffentlichen Interesse angehört. Er rechnet zu den Trägern des Privatamts sowohl gesetzliche Vertreter, die das Interesse bestimmter Personen wahrnehmen, wie solche Personen, denen die Rechtsordnung zur Wahrung entgegengesetzter Interessen eines unbestimmten Personenkreises das Recht zur Verwaltung und Verfügung über bestimmte Vermögensteile „zu treuen Händen" gewährt (Vertrauensperson).[496]) Zu diesen rechnet Walsmann auch den KV. In einer besonderen Studie über das privatrechtliche Amt hat von Spreckelsen die rechtliche Natur des Amtes der Sondervermögensverwalter, zu denen er den Testamentsvollstrecker, Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalter rechnet, „mit der Annahme eines zu treuen Händen erteilten absoluten Herrschaftsrechtes, verbunden mit einer gesetzlichen Ermächtigung", zu erklären versucht. Mit dem Begriff der gesetzlichen Ermächtigung will er die Tatsache erklären, daß die Rechtsgeschäfte, die die Verwalter auf Grund ihrer tatsächlichen und rechtlichen Herrschaft vornehmen, in Ansehung der Masse Wirksamkeit gegen den „Grundberechtigten" (Gemeinschuldner) äußern.[497])

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß mit dem Begriff des Privatamts wegen seines schwankenden Inhalts nicht viel gesagt ist. Während der eine seiner Vertreter sein Interesse wesentlich dem Innenverhältnis, der Pflicht, zuwendet (Rehm), stellt es der andere vor allem auf das Außenverhältnis ab, auf das Recht, das den Verwalter Dritten gegenüber zum Handeln berechtigt (von Spreckelsen). Ob das Verwaltungs- und Verfügungsrecht mit v. Spreckelsen dem Oberbegriff des Herrschaftsrechts untergeordnet werden kann, kann

---

492) Vgl. Lent, S. 298 ff.

493) Er wird gebraucht u. a. von Rehm, Ann. D. R. 1900, S. 369 ff.; Selhorn, ebenda 1906, S. 439 ff.; Jaeger, § 6, 12 b, § 78, 1 mit weiterem Schrifttunm; Walsmann, Vorbemerk. 2 zu § 50, Arch. Bürg. R. 39, 65.

494) Ähnlich unter Berufung auf Rehm-Selhorn, a. a. O., S. 343 ff.

495) § 6, 12 b.

496) Von einer „Treuhandstellung kraft Gesetzes" spricht a. Stein-Jonas, Vorbem. I 2 zu § 50.

497) S. 90, vgl. auch S. 95, wo er die einzelnen Begriffsmerkmale aufzählt, weiterhin S. 12 ff., wo er sich ausführlich über das Herrschaftsrecht äußert, S. 37 ff., wo er sich näher mit dem Begriff der gesetzlichen Ermächtigung beschäftigt.

hier dahin gestellt bleiben; zuzugeben ist, daß es sich Dritten gegenüber um Ausübung eines privaten Rechts handelt. Dagegen glauben wir, daß mit dem Begriff der gesetzlichen Ermächtigung das Verhältnis des KV. zum Gemeinschuldner nicht befriedigend erklärt werden kann. Abgesehen davon, daß dieser Begriff im zivilrechtlichen Schrifttum noch keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, berücksichtigt v. Spreckelsen, der seine Lehre in enger Anlehnung an das Testamentsvollstreckeramt entwickelt hat, nicht in genügender Weise die Tatsache, daß der KV. mit seiner Tätigkeit der Verwirklichung einer staatlichen Aufgabe — der Durchführung der Zwangsvollstreckung — dient. Dem hat der Gesetzgeber, wie unten näher auszuführen sein wird, mit der Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Innenverhältnisses und der einer Stellung der Überordnung des KV. gegenüber dem Gemeinschuldner Rechnung getragen.

Walsmann will offensichtlich nur eine Seite der rechtlichen Stellung des KV. kennzeichnen, in bewußter Abkehr von den Punkten, die auch nach ihm die enge Verbundenheit des Konkursverwalteramts mit den öffentlichen Interessen erkennbar machen. Insoweit kann Walsmann in vollem Umfang beigetreten werden. Jaeger schließlich hat offenbar gar nicht die Absicht verfolgt, eine Begriffsbestimmung zu geben, sondern wollte nur den vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck „Amt" i. S. seiner Vertreterlehre erklären.

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich negativ, daß das Konkursverwalteramt weder mit dem Staatamt im engeren Sinn noch mit dem Privatamt, sofern man darunter eine rein privatrechtliche Rechtseinrichtung versteht, erklärt werden kann.

Positiv ist folgendes zu sagen: Dem KV. wird mit der Ernennung durch das Konkursgericht (§ 78 KO) „ein abgegrenzter Kreis von Obliegenheiten zugewiesen", für deren gewissenhafter Wahrnehmung er dem Staat verantwortlich ist.[498]) Wenn dem KV. der Amtsauftrag zuteil geworden ist, ist er „kraft öffentlichen Rechtes gehalten, die mit ihm verbundenen Geschäfte getreulich zu besorgen; er ist zu öffentlichem Dienst, zur Arbeit für den Staat verpflichtet".[499]) Aus dem Gesichtspunkt der übernommenen öffentlichen Aufgabe und der damit verbundenen erhöhten Pflicht kann allein befriedigend erklärt werden, daß der Staat durch das Konkursgericht den Konkursverwalter beaufsichtigt und ihm Anweisungen erteilt (§ 83 KO), ihn mit Ordnungsstrafen belegt (§ 84 KO) und erforderlichenfalls seine Entlassung verfügt. Diese Bestimmungen nötigen zur Annahme eines publizistischen Dienstverhältnisses. In diesem Sinne kann es auch nur verstanden werden, wenn von einem „nicht amtlichen öffentlichen Auftrage",[500]) einem „Subjekt öffentlich-rechtlichen Auftrags[501]) gesprochen wird. Insofern, als der KV. zur ordnungsmäßigen Erledigung seiner amtlichen Pflichten angehalten werden kann, kann auch von einer Verantwortung dem Staat gegenüber gesprochen werden.

Allerdings ist zuzugeben, daß der Staat seinerseits nicht für den Schaden haftet, der den Beteiligten durch Handlungen des KV. entsteht, und andererseits auch nicht die Besoldung des Verwalters übernommen hat, insofern auch kein Dienstverhältnis im staatsrechtlichen Sinne besteht. Die Tatsache, daß der KV. für seine Tätigkeit aus der Masse entschädigt wird, spricht nicht für ein bestehendes Dienstverhältnis zwischen KV. und Gemeinschuldner. Denn ge-

498) Triepel, S. 9; unter Berufung auf Triepel Nagler, a. a. O., S. 97 ff.
499) Triepel, S. 10.
500) Triepel, S. 9.
501) Nagler, a. a. O., S. 97.

rade der Umstand, daß der Gesetzgeber es für notwendig erachtet hat, eine besondere Bestimmung über die dem Verwalter zu gewährende Vergütung zu schaffen (§ 85), muß eine solche Annahme verbieten. Eine solche Bestimmung wäre überflüssig, wenn eine solche Verpflichtung bereits aus einem privatrechtlichen Grundverhältnis bestünde. Trotzdem ist die Haftung des KV. dem Beteiligten gegenüber rein privatrechtlich geregelt, so, als ob ein solches Vertragsverhältnis bestände.[502])

Dadurch, daß eine Privatperson mit der Wahrnehmung des Konkursverwalteramts betraut wird, werden ihr nicht nur besondere Pflichten auferlegt, sondern wird ihr von Staats wegen gleichzeitig ein besonderes Vertrauen ausgesprochen. Dieses Vertrauen genießt der KV. auch den Beteiligten, insbesondere den Gläubigern gegenüber; denn diese können sich einerseits auf die vom Staat getroffene Wahl verlassen, andererseits auf die Ernennung einer geeigneten Person einwirken (vgl. §§ 78 ff. KO). Insofern ist es auch gerechtfertigt, wenn im Schrifttum gelegentlich von dem KV. als einer Vertrauensperson gesprochen wird. Dieses Vertrauen, das dem KV. als „Gehilfen des Staates bei Erfüllung seiner Aufgaben“ [503]) entgegengebracht wird, rechtfertigt andererseits scharfe Maßnahmen gegen ihn bei Pflichtverletzungen.

Damit der KV. rechtlich in der Lage ist, die von ihm übernommenen Pflichten erfüllen zu können, wird ihm durch Übertragung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts (§§ 6, 7 KO) über das Vermögen des Gemeinschuldners eine Machtstellung verliehen. Dem Gemeinschuldner gegenüber erhält der KV. dadurch eine Stellung der Überordnung. Gerade darin, daß dem Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens das Verwaltungs- und Verfügungsrecht genommen wird, liegt die dem Konkurs eigenartige Zwangsmaßnahme. Es handelt sich gewissermaßen um eine „Beschlagnahme ... der Verwaltung“. Nicht die Vermögensmasse selbst gerät in eine öffentlich-rechtliche Vergangenheit, noch erlangt jemand ein dingliches Recht an dem Massevermögen, sondern die Beschlagnahme äußert nur die negative Wirkung, daß der Gemeinschuldner nicht mehr verfügen kann.[504]) Diese zwangsvollstreckungsrechtliche Wirkung dauert so lange an, so lange der KV. sein Amt inne hat. Der KV. als Träger dieses dem Gemeinschuldner zwangsweise genommenen Rechts steht schon insofern, als er dem Zustand der Beeinträchtigung der Rechte des Geeminschuldners Dauer verleiht, in einem Verhältnis der Überordnung zu diesem. Dies zeigt sich auch in anderen Punkten. Der KV. kann sich mit Gewalt in den Besitz der Masse setzen. Wenn er auch nicht selbst hoheitliche Gewalt unmittelbar dabei anwenden kann, so kann er doch auf Grund seines Amtes den GV. in Tätigkeit setzen, ohne daß er dazu eines besonderen zwangsvollstreckungsrechtlichen Titels bedürfte, da ein solcher bereits in der Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gesehen wird.[505]) Das gleiche ist festzustellen bei der Aufstellung der Bilanz. Um eine lückenlose Aufstellung derselben zu erreichen, kann der KV. den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid laden (§ 125); auch hier braucht er nicht den umständlichen Weg der ZPO zu beschreiten. Aber auch bei der Vornahme von Masseverwertungsgeschäften handelt der KV. in Ausübung von Zwangsgewalt. Bei der Vertretung ist der Vertreter letzthin für den Vertretenen da, d. h., seine Handlungen finden ihre Rechtfertigung in dem wirklichen oder angenommenen (bei Zwangsvertretung)

[502]) Vgl. Walsmann, Arch. Bürg. R. 39, 63.
[503]) So Walsmann, Arch. Bürg. R. 39, 61.
[504]) Vgl. Kosmalla, S. 53.
[505]) Vgl. Mentzel, § 117, 4; s. a. Jaeger, § 117, 13.

Willen des Vertretenen. Der KV. handelt jedoch hier gerade gegen den Willen des Gemeinschuldners. Der Gesetzgeber hat diesem sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht genommen, weil er gegen den Willen des Gemeinschuldners das Ziel der Zwangsvollstreckung durchsetzen will. Der Gedanke des „Ersatzgeschäfts" weist hier auf den richtigen Weg.[506])

Den Gläubigern gegenüber muß einerseits bei Beurteilung des Verhältnisses des KV. zu ihnen berücksichtigt werden, daß dieser in Erfüllung der staatlichen Fürsorgepflicht handelt, andererseits, daß jenen ein weites Recht der Selbstverwaltung von dem Gesetz eingeräumt ist. Diesem Selbstverwaltungsrecht gegenüber muß jedoch stark betont werden, daß es sich bei dem Gesamtverfahren um eine staatliche Zwangsvollstreckung und nicht um eine „legalisierte Selbsthilfe" handelt.[507])

Dritten gegenüber handelt der KV in Ausübung privater Rechte. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ist ein rein privatrechtliches Recht (Befugnis), was sich schon daraus ergibt, daß es vor der Konkurseröffnung der Person des Schuldners zusteht und auch dieser es nach Beendigung des Konkurses wieder erlangt. Der KV. muß, um Ansprüche der Masse gegen Dritte durchzusetzen, wie jeder andere Private den Klageweg beschreiten. Er ist in keiner Beziehung günstiger gestellt. Ob dieses Recht mit dem Begriff des Herrschaftsrechts (v. Spreckelsen) oder anders zu erklären ist, kann hier nicht näher erörtert werden.

Wir sind uns bewußt, daß auf dem zur Verfügung stehenden, begrenzten Raum keine erschöpfende Erklärung des Konkursverwalteramts gegeben werden kann, zumal es sich hierbei vielleicht um das umstrittenste Problem des Zwangsvollstreckungsrechts heute handelt. Wir wollten mit Vorstehendem lediglich den Beweis erbringen, daß es sich bei dem Konkursverwalteramt um ein gemischtes Institut handelt, das teils nach öffentlichem und teils nach privatem Recht zu beurteilen ist. Wo die genaue Grenze zu ziehen ist, muß der Prüfung im gegebenen Fall überlassen bleiben.

Diese Auffassung scheint auch die mehr oder weniger zum Ausdruck gebrachte Ansicht der meisten Schriftsteller zu sein. Besonders scharf kommt dies bei Walsmann zum Ausdruck. Er sieht in dem KV. ein eigentümliches Gebilde, das eine Zwitterstellung zwischen dem öffentlichen und privaten Recht einnimmt.[508]) „Die Fürsorge für schutzbedürftige Interessen ist Angelegenheit des Staates und öffentlich-rechtlich, aber die Durchführung dieser Fürsorge geschieht durch Vertrauenspersonen, deren Stellung zum größten Teil privatrechtlich geregelt ist." [509]) Auch Jaeger scheint sich in der neuesten Auflage seines Kommentars (1936) von seinem streng privatrechtlichen Vertreterstandpunkt zu lösen, wenn er zugibt, daß für die Annahme eines „Staatsamts" des KV. spreche, daß dieser „innerhalb des gerichtlichen Verfahrens der Gesamtvollstreckung... zum Zwecke der Lösung einer staatlichen Aufgabe tätig wird".[510])

Man mag es einerseits mit Jaeger [511]) bedauern, daß „die Unsicherheit des Begriff der öffentlichen Dienstpflicht" und der „Umstand, daß die vormund-

506) Vgl. Anm. 491.
507) Vgl. Walsmann, Arch. Bürg. R. 39, 58/59, s. a. Vorbem. 2 zu § 50.
508) Arch. Bürg. R. 39, 63.
509) Derselbe, Vorbem. 2 zu § 50.
510) § 78, 1; i. S. einer gemischten Lehre können auch nur die Ausführungen Triepels verstanden werden, der einerseits ein öffentlich-rechtliches Innenverhältnis, andererseits eine Vertretung des Schuldners oder des Gläubigers annimmt (S. 8).
511) § 78, 1.

schaftliche Tätigkeit einem Grenzgebiet angehört und der schwankende Sprachgebrauch der Gesetze ... einer allgemein befriedigenden Lösung" entgegenstehen, andererseits muß man der Tatsache Rechnung tragen, daß das Rechtsleben mit seinen mannigfachen Aufgaben manchmal die Schaffung von Rechtsgebilden aus praktischen Gründen erforderlich erscheinen läßt, die nicht in die uns geläufigen, althergebrachten Begriffe gepreßt werden können. Da, wo Forderungen einer praktischen und für die Erledigung der gestellten Aufgabe zweckmäßigen Gestaltung denen nach einer klaren juristischen Konstruktion gegenüberstehen, müssen immer die letzten den ersten weichen, selbst auf die Gefahr hin, daß diese Gebilde sich nicht zwanglos in das Rechtssystem einreihen lassen. Dafür, daß Erwägungen praktischer Art gegen die gesetzgeberische Regelung des Konkursverwalteramts vorgebracht werden könnten, haben sich uns bei Durcharbeitung des Schrifttums keine Anhaltspunkte ergeben.

Zum Schluß sei nur noch erwähnt, daß eine gemischte Auffassung vom Konkursverwalteramt auch nicht dem Grundprinzip der Konkursordnung entgegensteht. Die KO vertritt nicht den Grundsatz der reinen Selbstverwaltung, sondern den einer staatlich überwachten Selbstverwaltung.

Ob die Entwicklung de lege ferenda die „Ausbildung eines öffentlichen Verwalteramts" wie in Italien [512]) bringen wird, muß der Zukunft überlassen bleiben.

In den älteren Etscheidungen vertritt das Reichsgericht entweder die Lehre der Gläubiger- oder Schuldnervertretung.

Insbesondere für den Fall der konkursrechtlichen Anfechtung glaubt das RG. eine Vertretung der „Gesamtheit der Gläubiger" durch den KV. annehmen zu müssen, weil der Anfechtungsanspruch nicht dem Gemeinschuldner, sondern der Gläubigergesamtheit zusteht.[513])

Darüber hinaus wird vereinzelt sogar eine Vertretung der Gläubiger schlechthin verfochten, insbesondere, um dadurch eine Vernehmung des Gemeinschuldners, der als Partei nicht hätte vernommen werden können, zu ermöglichen.[514])

Häufiger jedoch findet man in der älteren reichsgerichtlichen Rechtsprechung Entscheidungen, die auf dem Boden der Schuldnervertretung stehen.[515])

Für die Annahme der Schuldnervertretung ist letzhin auch für das RG. die Tatsache ausschlaggebend, daß die Wirkungen der Handlungen des KV. in dem dem Konkurs unterworfenen Vermögen des Gemeinschuldners eintreten. Ein näheres Eingehen auf die Begründung des RG. können wir uns hier ersparen, da auch das RG. im wesentlichen nichts anderes als die Wissenschaft zur Stützung seines privatrechtlichen Standpunktes anführt.

Im scharfen Gegensatz zu der bis dahin geübten Praxis und herrschenden wissenschaftlichen Lehre ergeht die bereits erwähnte Entscheidung des 5. Senats vom 30. 3. 1892 (RGZ. 29, 29 ff.). Nachdem sich der erkennende Senat anfangs mit den wichtigsten Vertretertheorien auseinandergesetzt und diese abgelehnt hat, weil auf dem Wege der Vertretertheorien „nicht zu einer einheit-

[512]) Jaeger, § 78, 1, 15 unter 3 c.

[513]) RGZ. 18, 393 (394), 1887; SA. 44, 466, Nr. 285.

[514]) RGZ. 6, 109 (112); 8, 406 (413); 78, 359 (361); die herrschende Lehre ging nämlich früher dahin, daß Zeuge nur der sein könne, der nicht Partei ist.

[515]) So RGZ. 2, 23 (24), 1880; 2, 265 (270); 14, 412 ff.; 6, 400 (408), besonders deutlich; 16, 337 (338); wohl auch RGZ. 42, 103 (105): „Gemeinschaftsschuldner (vertreten durch den Konkursverwalter)"; weitere Angaben bei Jaeger, § 6, 4; soweit JJaeger a. a. O. Entscheidungen anführt, die zeitlich nach RGZ. 29, 29 ergangen sind, dürften seine Angaben in der dort gemachten allgemeinen Form allerdings nicht immer stimmen, vgl. dazu die folgenden Ausführungen.

lichen Konstruktion zu gelangen sei" (S. 36), gibt er auf S. 36 seine berühmt gewordene Begriffsbestimmung. Der KV. ist danach „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses . ., das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt".

Wenn diese Entscheidung in ihrer Bedeutung auch nicht unterschätzt werden darf, so glauben wir doch bereits bei der Behandlung der Wissenschaft nachgewiesen zu haben, daß im Ergebnis durch eine solche Begriffsbestimmung nur eine endgültige Klärung der Stellung des KV. im Masseprozeß erreicht ist. Tatsächlich geht es auch dem 5. Senat in erster Linie darum, die Parteistellung des KV. im Masseprozeß zu begründen, um eine Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen zu erreichen.

Für das materielle Recht scheint sich das RG. mit dieser Entscheidung offenbar noch nicht auf die Ablehnung der Vertreterstellung des KV. festlegen zu wollen.[516]

Dennoch wird der Vertretergedanke mit Hilfe der Auffassung, daß der KV. ein amtliches Organ zum Zwecke der Durchführung des Konkurses sei, in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung von nun an immer mehr und mehr zurückgedrängt. Insbesondere für die Entscheidung prozeßrechtlicher Fragen bewährt sich die Lehre der Organstellung des KV. und ist darum vom RG. nicht wieder aufgegeben worden.[517])

Gefördert wurde diese Rechtsprechung durch die wissenschaftliche Lehre vom prozeßrechtlichen Parteibegriff. Dadurch wurde es dem RG. auch theoretisch ermöglicht, die Parteistellung des KV. kraft Amtes im Prozeß durchzuführen.[518])

In bezug auf die Stellung des KV. außerhalb des Prozesses spielt dagegen auch in der Zeit nach RGZ. 29, 29 der Vertretergedanke in der reichsgerichtlichen Praxis noch weiterhin eine Rolle. So glaubt vor allem der 5. Senat in RGZ. 53, 350 (352) die Tatsache, daß die neuerworbenen Gegenstände nach dem Erwerb unmittelbar zu dem im Konkurs befangenen Vermögen des Gemeinschuldners gehören, nicht anders erklären zu können als mit der Konstruktion der Vertretung kraft öffentlichen Amtes.[519])

Doch wird die Zahl der Entscheidungen, die auch bezüglich der außerprozessualen Tätigkeit des KV. eine Vertretung des Gemeinschuldners verneinen, immer größer. Vor allem lehnt RGZ. 80, 416 (418/419), ein Urteil des 5. Se-

---

[516]) Anders ist folgende Stelle nicht zu erklären: „Denn man mag das Konkursverfahren gestalten und die Stellung des Konkursverwalters konstruieren, wie man will, ohne den Grundsatz ist nicht auszukommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen. In diesem Sinn kann auch nicht bestritten werden, daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner vertrete" (S. 30).

[517]) RGZ. 29, 29 schließen sich an RGZ. 47, 372 (373); 52. 330 (333/4); diese Entscheidung bejaht auch für die Konkursanfechtung die Organstellung des KV.; 53, 8 (9), vom 7. ZS., der am schärfsten die Amtstheorie vertritt (vgl. dazu Hellwig, DJZ. 1908, S. 1198 ff.). In dieser Entscheidung wird der KV. als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners angesehen, um es zu ermöglichen, jenem den Parteieid über Handlungen und Wahrnehmungen des Gemeinschuldners zuschieben zu können; 54, 120 (122); 55, 265 (266); 63, 69 (71); 65, 287 (289/90); 73, 312 (314/15); 121, 107 (109); RGSt. 26, 106 (107/8); ob der KV. als Vertreter oder Organ anzusehen ist, lassen dahingestellt RGZ. 31, 40 (43); 97, 107 (109); eine Vertretung des Gemeinschuldners nehmen allerdings die Entscheidungen, die oben Anm. 515 genannt sind, und RG. in LZ. 1908, Sp. 706, an.

[518]) Vgl. RGZ. 52, 330 (333) und oben S. 88 ff.; über die Rechtsprechung des RG. zum Parteibegriff im einzelnen vgl. Kirsch, Das RG. und der Parteibegriff, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des RG., Bd. 6, S. 15 ff. (1929).

[519]) Vgl. auch eine andere Entscheidung desselben Senats in LZ. 1912, Sp. 559: „dieser vertritt bei seiner Ausübung kraft seines öffentlichen Amtes vor allem den Gemeinschuldner".

nats vom 15. 11. 1912, unmißverständlich die Annahme eines Vertretungsverhältnisses außerhalb des Prozesses ab.[520])

Daß dieses Recht, das der KV. kraft Amtes im eigenen Namen ausübt, trotz Ablehnung einer Stellvertretung Ausübung eines Privatrechts, nicht Hoheitsrechts, ist, ergibt sich aus dieser Entscheidung insbesondere daraus, daß unbedenklich der § 177 BGB entsprechend angewandt wird. Auch nach der sonstigen Rechtsprechung des RG. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der KV. Dritten gegenüber in Ausübung eines privaten Rechts handelt. Dafür spricht auch der in den reichsgerichtlichen Entscheidungen immer wiederkehrende Gedanke, daß der KV. nicht mehr Rechte ausüben kann, als dem Gemeinschuldner selbst zustehen.[521]) Eine nähere Bestimmung dieses Rechts ist von dem RG. bisher allerdings nicht gegeben worden.

Die Auffassung der Wissenschaft, daß der KV. kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, wird von dem RG. geteilt.

In RGZ. 43, 62 wird ausgeführt, daß der KV. „einen öffentlichen Auftrag, ein Amt im weiteren Sinne hat", dagegen kein „Beamter im technischen Sinne" sei. Deshalb lehnt auch diese Entscheidung eine Haftung des Staates dem KV. gegenüber für den Ausfall seiner Gebühren ab.[522])

Wenn das RG. in der mitgeteilten Stelle von einem „öffentlichen Auftrag" spricht, so läßt das u. E. den Schluß auf ein öffentlich-rechtliches Innenverhältnis zwischen Staat und KV. zu, allerdings mit den oben S. 93 ff. behandelten Einschränkungen. Eine eindeutige Stellungnahme des RG. zu der Frage nach der Stellung des KV. den Gläubigern und den Gemeinschuldnern gegenüber fehlt. Während das RG. einerseits betont, daß der KV. die Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners wahrzunehmen habe, hebt es andererseits hervor, daß der KV. ein im „öffentlichen Interesse geschaffenes Organ" sei.[523]) Allerdings dürfte das RG. der Ansicht sein, daß das Verhältnis des KV. zu dem Gemeinschuldner und den Gläubigern im wesentlichen auf dem Boden der Gleichberechtigung zu regeln ist, da dem KV. in keiner Entscheidung Hoheitsrechte („Imperium") zugesprochen werden.

Im Ergebnis dürfte auch das RG. eine gemischte Lehre vertreten.

§ 11.

Schlußbetrachtungen.

Die soeben geschilderte Entwicklung ist nicht durch den Gesetzgeber veranlaßt worden, sondern ist das Ergebnis des Spruchs des Richters und der stillen Arbeit der Wissenschaft. Nur in bezug auf die Liegenschaftszwangsversteigerung ist die Umbildung maßgeblich durch das Zwangsversteigerungsgesetz beeinflußt worden.

---

[520]) Vgl. auch RGZ. 35, 28 (31); 66, 113 (114), die ebenfalls hinsichtlich der Verwaltung und Verwertung der Masse eine Vertretung verneint und betont haben, daß der KV. „in Ausübung eines ihm gesetzlich übertragenen selbständigen Amtes und der daraus fließenden selbständigen Verfügungsbefugnis" handelt; weiterhin RGZ. 99, 161 (166); 120, 189 (192); JW. 1931, S. 2093.

[521]) Vgl. RGZ. 46, 165 (167); 61, 37 (43/44); 72, 192 (197); 99, 161 (166); 111, 151 (155).

[522]) Vgl. auch RGZ. 52, 138 (130): „Allerdings ist der KV. ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurszweckes . . ., seine Stellung daher, wenngleich keine amtliche, so doch einer solchen nahe verwandt"; die Beamteneigenschaft des KV. im Sinne des StGB wird bereits von RGSt. 19, 85 (86) abgelehnt.

[523]) Vgl. Anm. 522; weiterhin RGZ. 147, 366 (367): „Organ zur Wahrnehmung öffentlicher Belange für die Durchführung des Konkurses".

Auf dem besonderen Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts ist durch die geschilderte Umbildung rein privatrechtlicher in gemischte oder rein öffentlichrechtliche Institute die Entwicklung nachgeholt worden, die in bezug auf allgemein verwaltungsrechtliche Rechtseinrichtungen (Beamtenverhältnis, Anstaltsnutzung usw.) schon vorher eingesetzt hatte und zum Teil bereits beendet war.[524])

Es ist nicht überraschend, daß die Überwindung privatrechtlicher Gedankengänge gerade für das Gebiet der Zwangsvollstreckung nur ganz allmählich vor sich gegangen ist; denn kein anderer Teil des gesamten Prozeßrechts ist so eng mit dem Privatrecht verbunden wie das Zwangsvollstreckungsrecht. Dies ergibt sich aus seiner Aufgabe: der Durchsetzung privater Ansprüche.

Daß die geschilderte Entwicklung dennoch möglich gewesen ist, ist wie folgt zu erklären: Ausschlaggebend ist vor allem die Erkenntnis, daß die Angelegenheiten des Staates nicht befriedigend durch Konstruktionen des Privatrechts erklärt werden können. Dieser Einsicht, die durch die aufblühende Verwaltungsrechtswissenschaft durch zahlreiche Beispiele erhärtet wird, können sich auch die Prozeßrechtler nicht mehr länger verschließen, zumal man das Prozeßrecht als ein formelles und öffentliches Recht erkennt. Dem öffentlichen Charakter des Prozeßrechts muß man auch bei der Beurteilung der einzelnen Prozeßrechtsinstitute Rechnung tragen.

Zuerst lehnt man vor allem die falsche Betrachtungsweise ab, die von den privatrechtlichen Wirkungen eines zwangsvollstreckungsrechtlichen Instituts auf dessen private Rechtsnatur schließen zu können glaubt.

Erst dadurch wird der Weg für eine öffentlich-rechtliche Erklärung frei.

Der Bestimmung des Begriffs nach den Wirkungen, die ein Institut äußert. stellt man eine Begriffsbestimmung nach dem dem Rechtsverhältnis innewohnenden Zweck gegenüber. Wenn auch durch diese Art der Begriffsbestimmung allein noch nicht die Entscheidung für eine öffentlich-rechtliche Auffassung gefallen ist, so können doch jetzt die weiter unten zu behandelnden Momente, die gebieterisch für eine publizistische Erklärung sprechen, eine größere Durchschlagskraft entfalten. Insbesondere bei der Pfändung, der Vollstreckungs- und Widerspruchsklage und bei dem Konkursverwalteramt wird die Begriffsbestimmung nach dem Zweck besonders deutlich. Wenn man nämlich Ziel und Aufgabe eines Instituts ausschlaggebend für seine rechtliche Beurteilung sein läßt, so bedeutet das nichts anderes, als daß man von dem der Rechtseinrichtung innewohnenden Zweck aus ihren Begriff zu bestimmen sucht; denn Aufgabe, Ziel und Zweck bedeuten hier ein und dasselbe.

So erkennen wir, daß man sich der Methode der „teleologischen" („historischen") Begriffsbildung bedient, um das Wesen der zwangsvollstreckungsrechtlichen Institute zu bestimmen. Tatsächlich ist dies die allein richtige Methode, wenn man die Pfändung, Widerspruchsklage usw. in ihrer Einmaligkeit erkennen, ihren „Individualbegriff" bestimmen will.[525])

Die Erkenntnis des öffentlichen Charakters der angewandten Mittel hat dann schließlich die öffentlich-rechtliche Erklärung der einzelnen Institute veranlaßt. Maßgeblich ist der Umbildungsprozeß vor allem durch die in der Verwaltungsrechtsliteratur für die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht herausgebildeten Kriterien gefördert woden. So hat man immer

524) Vgl. darüber die Schriften von Fleiner, Umbildung und Giacometti, s. a. oben S. 6 ff.

525) Über die „teleologische Begriffsbildung" im einzelnen vgl. die kurze und klare Darstellung bei Schwinge, S. 21 ff.; dort auch Angabe philosophischen Schrifttums über die Begriffsbildung.

wieder unter Berufung auf die Unterscheidungsmerkmale der Über- und Unterordnung und das des öffentlichen Interesses die publizistische Natur der geschilderten Zwangsvollstreckungsinstitute zu erklären versucht. So erscheint z. B. die Pfändung oder das Gerichtsvollzieherinstitut in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung des RG. aus dem Grunde als öffentliches Gewaltverhältnis, weil es im öffentlichen Interesse begründet oder der Ausübung staatlicher Zwangsgewalt dient. In dem Pfändungspfandrecht sieht man deshalb nur eine privatrechtliche Wirkung, weil es ausschließlich dem privaten Interesse des Gläubigers dient und seine Rechtsfolgen sich nur auf das Verhältnis von Gläubiger zu Gläubiger und Gläubiger zur Konkursmasse erstrecken, zwischen denen ein Verhältnis der Gleichordnung besteht usw. Man geht sogar dazu über, noch weitere Unterscheidungsmerkmale zwischen öffentlichem und privatem Recht herauszubilden. So erscheint insbesondere in der Rechtsprechung des RG. als weiteres Kriterium das der öffentlichen Fürsorge oder das der fehlenden Handlungsfreiheit. Das letzte wird auch in der Wissenschaft zur Begründung der publizistischen Natur eines Rechtsverhältnisses gebraucht.

Wieweit diese einzelnen Unterscheidungsmerkmale zutreffend sind, kann hier nicht geprüft werden. Tatsächlich ist durch sie die Umbildung aller Institute in gemischte oder öffentlich-rechtliche maßgeblich gefördert worden.

Die Wissenschaft — oder wenigstens einige ihrer Vertreter — ist dem RG. mit der Umgestaltung fast aller behandelten Institute vorangeschritten. Wenn auch das RG. im allgemeinen nicht rechtsschöpferisch tätig gewesen, sondern den Anregungen der Wissenschaft gefolgt ist, so muß doch anerkennend hervorgehoben werden, daß sich das RG. schon dann zuweilen zu einem öffentlich-rechtlichen Standpunkt bekennt (z. B. in bezug auf die Frage nach dem Träger der Vollstreckungsgewalt, in bezug auf den Konkursverwalter und die Pfändung), wenn in der Wissenschaft nur von einem kleinen Teil eine publizistische Lehre vertreten wird. Dadurch hat das RG. der Entwicklung einen entscheidenden Impuls gegeben.

Im allgemeinen haben wir feststellen können, daß die Auffassung des RG. und die der herrschenden wissenschaftlichen Lehre zu den verschiedenen Zeiten im wesentlichen übereinstimmen. Lediglich in bezug auf die öffentliche Versteigerung, den freihändigen Verkauf, die gerichtliche Überweisung einer beweglichen Sache und der Auszahlung des Erlöses vertritt das RG. noch heute die ältere privatrechtliche Ansicht. Auf welche Ursachen dies zurückzuführen ist, ist bei den genannten Instituten erörtert worden.

Berichtigung zu „Die Umbildung zwangsvollstreckungsrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht und ihre Grenzen."

Marburger Dissertation 1937.

Es muß heißen:

Seite 4 unter § 5: insbesondere.
„ 5, Zeile 3: Einartigkeit alles Rechts, Abs. 3, Z. 6: Vorgesetzten.
„ 8, Abs. 2, Z. 4: Gedankensysteme, Abs. 6, Z. 1: tatsächlich, Z. 6: entgegengesetzte.
„ 11, Abs. 2, letzte Zeile: vorgeschlagen.
„ 12, Z. 1: auseinandersetzt.
„ 13, Abs. 1, Z. 14: Es fehlen die Anführungsstriche hinter „Persönlichkeit".
„ 15, Abs. 5, Z. 3: diese.
„ 16, Z. 7/8: Aus allgemeinrechtlichen Gesichtspunkten heraus sind bereits Fischer . . .
„ 17, Abs. 2, Z. 7/8: Vollstreckungshandlungen.
„ 18, Abs. 2, drittletzte Zeile: ist.
„ 19, Abs. 4, Z. 1: über.
„ 24, Abs. 2, Z. 6: . . . lassen sich . . . nicht vereinbaren.
„ 26, Abs. 1, Z. 1/2: Unterscheidung, Abs. 5, Z. 1: durchgeführt.
„ 30, Z. 1: Erfüllungsgeschäft, Abs. 2, Z. 27: Parteien.
„ 31, Anm. 194, Z. 4: zivilrechtliche.
„ 33, Anm. 205, Z. 3: auch.
„ 34, Abs. 2, Z. 9/10: Da dieser prozessuale Zusammenhang des Gebots mit dem Zuschlag jedoch nur ein . . ., Abs. 3, Z. 4: einseitig, Abs. 4, Z. 3: Prozeßhandlung, letzte Zeile der Seite: Zusammenhang.
„ 35, Abs. 1, Z. 16: Willenserklärung.
„ 39, Abs. 2, Z. 2: durchschlagend.
„ 40, Abs. 5, Z. 7: Prozeßhandlung.
„ 41, vorletzte Zeile: Gebot.
„ 42, Abs. 2, Z. 6, Abs. 3, Z. 5: Anordnungsbeschluß, Abs. 5, Z. 10: Übereignung, Z. 11: Ersatz.
„ 44, Abs. 1, Z. 7/8: Vollstreckungsschuldner.
„ 45, letzter Absatz, Z. 7: Erlös.
„ 46, Abs. 2, Z. 5: . . . also der Dritteigentümer sein.
„ 47, Abs. 2, Z. 1/2: Em-pfangnahme.
„ 48, Z. 2: unerheblich, Abs. 5, Z. 4/5: Bestätigung.
„ 50, Anm. 284, Z. 6: daraus.
„ 51, Abs. 2, Z. 1: Gegensatz, Abs. 3, Z. 1/2: Pfändung, Z. 8: Staatsakt.
„ 52, Abs. 2, Z. 2: Verstrickung.
„ 55, Abs. 1, Z. 9: beauftragten Referendar.
„ 58, drittletzte Reihe: Vertretungsverhältnis.
„ 65, vorletzter Abs., Z. 5: nach dem.

Seite 67, Abs. 3, Z. 2: Prüfung.
„ 68, Abs. 2, Z. 2: ... noch weit geringer als die der privatrechtlichen Lehre.
„ 72, Z. 2: Beteiligten.
„ 73, Abs. 2, Z. 3/4: ... sondern bildet nur die notwendige rechtliche Grundlage für den die Versteigerung, das ist ...
„ 74, Abs. 3, Z. 1: trotz, Z. 2/3: Dies ergibt sich aus der Begründung beider Lehren ...
„ 75, Abs. 1, Z. 8/9: Vollstreckbarkeit.
„ 76, Abs. 2, Z. 8: Es fehlen die Anführungsstriche am Schluß der Zeile, Abs. 4, Z. 7: Bereicherung, Z. 12/13: Em-pfangnahme.
„ 78, Abs. 2, Z. 4/5: Vollstreckungsgegenklage, am Schluß des 3. Absatzes fehlen die Anführungsstriche.
„ 83, Anm. 456, Z. 5: Anspruch, Vollstreckung, Anm. 457, Z. 2: Widerspruchsrecht.
„ 87, Abs. 3, Z. 11: selbständiges, Z. 15: abgelehnt, Anm. 468: Grundfragen, Anm. 471: Konkursrecht.
„ 89, Z. 2: ... auch Rechtsfremde, d. h. solche Personen ...
„ 91, Abs. 4, vorletzte Z.: Es fehlen die Anführungsstriche hinter „selbst".
„ 93, Z. 1: dahingestellt.
„ 94, Abs. 2, Z. 10: Verfangenheit, Z. 16: Gemeinschuldners.
„ 95, Abs. 4, Z. 7: größten.
„ 99, letzte Z.: worden.
„ 100, drittletzte Z.: ... und die Auszahlung des Erlöses.
„ 101, Eckstein: Versteigerungsverwalters, Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen.
„ 102, Hein, Georg: Pfandvorzugsklage, Hellwig: Festgabe für Otto Gierke, Kosmalla: österreichischen.
„ 103, Paschold, Planck: Kommentar, Schmidt: Staatsbürgerlichen, v. Schrutka-Rechtenstamm, v. Spreckelsen: privatrechtlichen, Triepel: Beruf.

Schrifttum.

Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1935.
Behrends: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung in gepfändete bewegliche Sachen. Diss. Göttingen 1926.
Bernhardt: Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb. Leipzig 1935.
Bierbach: Die Anfechtung des Meistgebots in der Zwangsversteigerung wegen Irrtums über die Höhe des abgegebenen Gebotes. Diss. Erlangen 1914.
Binder: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.
— Prozeß und Recht, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig 1927.
Binding: Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen. Vortrag vom 17. 5. 1888. Anhang zur 2. Aufl. des 1. Bd. der „Normen" (1890).
Blach: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung eines Grundstücks. Gruchots Beitr. 55, 332 ff., 1911.
Blomeyer: Lehrbuch: Zwangsvollstreckung. 1933.
Böhle: Die Bereicherungshaftung des Gläubigers nach beendeter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Diss. Hamburg, 1928.
v. Bülow: Die Zivilprozeßordnung und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. 1882.
Bülow: Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg 1899.
191 ff., 1903.
— Klage und Urteil, eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß. ZZP 31, 191 ff., 1903.
Bunsen: Die Parteien im Zivilprozesse. ZZP 26, 197ff., 1899.
Burtscheid: Die besonderen Verwendungsarten bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. § 825 ZPO. Diss. Köln, 1934.
v. Carolsfeld, Schnorr: Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht. DJZ. 1935, 1475 ff.
Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. Wien/Leipzig 1897.
Dümchen: Schuld und Haftung. Jherings J. 54, S. 395 ff., 1909.
Eckhardt: Das Studium der Rechtswissenschaft. Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 11, 1935.
Eckstein: Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters u. des Vesteigerungsverwaltes. ZZP 40, 48 ff., 1910.
Emmerich: Pfandrektskonkurrenzen. Berlin 1909.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Einleitung, Allgemeiner Teil. 13. Aufl., 1931.
Endemann: Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.
Falkmann-Mugdan: Lehrbuch: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1914.
Fischer, O.: Recht und Rechtsschutz. Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. Heft 6. 1889.
— Über Wachs Handbuch des Zivilprozesses. ZZP 10, 406 ff. 1887.
— Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin-Leipzig 1887.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. Berlin 1918.
Fischer-Fischershof: Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung. Berlin und Leipzig 1934.
Fischer-Schaefer: Kommentar. Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1910.
Fitting: Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. Berlin 1904. Zitiert: Konkursrecht.
— Der Reichszivilprozeß. 9. Aufl., 1898.
Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl., 1928.
— Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. 1906.
Förster: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 1888.
Förster-Kann: Kommentar zur ZPO. 2. Bd. Berlin 1926.
Frank: Deutsches Verwaltungsrecht (Sammelwerk). München 1937.
— Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung (Sammelwerk). München 1935.
Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 7. 1902.
Herrnritt: Grundfragen des Verwaltungsrechtes. 1921.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. Tl. 1. Berlin 1910.
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. München 1909.
Giacometti: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts. Habilitationsschrift 1924.
v. Glasenapp: Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe gepfändeter Mobilien. Gruchots Beitr. 24, 245 ff. 1880.
Groh: Der Anspruch auf Rechtspflege. ZZP 51, 144 ff. 1926.
Groß-Fengels: Der Streit um den Rechtsstaat. Marburger Diss. 1936.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Bd. 2. Abt. 1. 2. Aufl. Berlin 1881.

Hassenpflug: Zur Anfechtung erlangter Befriedigung aus § 23 der Reichskonkursordnung. Gruchots Beitr. 32, 81 ff. 1888.
Heim: Die Feststellungswirkung des Zivilurteils. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Heft 25, 1. München 1912.
Hein, Georg:: Die Pfanvorzugsklage des Vermieters. Halle 1912.
Hein, Otto: Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Hannover 1914.
Hein, Wolfgang: Duldung der Zwangsvollstreckung. Breslau 1911.
— Identität der Partei. Zivilprozeßrechtliche Forschungen. Heft 10. 1918.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1886.
Hellwig: Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1911.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903, Bd. 2. 1907.
— System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Tl. 1. Leipzig 1912.
Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Tl. 2. Leipzig 1919.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Bd. 5. Heft 1. 1900.
— Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe für Otto Gnerke, S. 41 ff. Breslau 1910.
Henrici: Der Konkursverwalter der deutschen Konkursordnung . . . Sächs. Arch. 2, 337 ff. 1892.
Herrfahrdt: Politische Verfassungslehre. Arch. f. Rechts- u. Soz. Ph. XXX. S. 104 ff. 1937.
Herrnritt: Grundfragen des Verwaltungsrechtes. 1921.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. Bd. 2. 1910.
Höhn: Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson. Berlin 1935.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Der deutsche Staat der Gegenwart. Heft 14. 1935.
— Staat als Rechtsbegriff. Deutsches Recht 1934. S. 322 ff.
Huber: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935.
— Verfassung. Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Reihe A. 1937.
Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 6. Aufl. Berlin 1929.
Jaeger: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1932.
— Kommentar zur Konkursordnung. Bd. 1 6.—7. Aufl. 1931, Bd. 2 6.—7. Aufl. 1936
Kaufmann, E.: Verwaltung, Verwaltungsrecht. Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (VRW). Bd. 3, S. 688 ff. 1914.
Kaufmann, Fr.: Die rechtliche Natur der Verwertung gepfändeter Sachen. Erlanger Diss. 1932.
Keil: Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Leistungen an Dritte. ZZP 45, 113 ff. 1915.
Kiel: Der Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozeß, den ein anderer kraft der ihm zustehenden Verfügungsmacht geführt hat. ZZP 30, 289 ff. 1902.
Kirchberger: Die Verpfändung nach § 845 der Zivilprozeßordnung. Diss. Leipzig. 1907.
Kisch: Deutsches Zivilprozeßrecht. Bd. 3. 3. Aufl.
— Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.
Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Aufl. Berlin 1905.
— Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Berlin 1912.
— Besprechung des Lehrbuchs von Hellwig. ZZP 34, 370 ff. 1905.
Koellreutter: Grundriß der Allgemeinen Staatslehre. Tübingen 1933.
Kohler: Der sog. Rechtsschutzanspruch. ZZP. 33, 211 ff. 1904.
— Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
— Über exekutorische Urkunden. Arch. Ziv. Pr. 72, 1 ff. 1888.
— Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Arch. Ziv. Pr. 80, 141 ff. 1893.
— Prozeßhandlungen und Zivilrechtswirkung. ZZP 29, 1 ff. 1901.
— Bürgerlich-rechtliche und prozeßrechtliche Elemente im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung. Grünhuts Z. 33, 561 ff. 1906.
— Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
Köhler: Die Vollstreckungsgegenklage. Diss. Rostock 1926.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Köttgen: Deutsche Verwaltung. 1936.
Korintenberg-Wenz: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Köln 1935.
Kosmalla: Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nach dem österreichischen Recht im Vergleich mit dem deutschen Recht. Diss. Bonn 1930.
Kühne: Berechtigt nach gemeinem Rechte juristischer Besitz zur Intervention in der Exekutions-Instanz oder in Folge der Vollstreckung eines Sicherheits-Arrestes? Gruch. Beitr. 23, S. 497 ff. 1879.
Lange: Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 114. Tübingen 1934.
Langheineken: Der Urteilsspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht. Leipzig 1899.
v. Lenski: Die Stellung des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung und die neueren Reformbestrebungen. Diss. Köln 1930.
Lent: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die prozessuale Stellung des Konkursverwalters. Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. 6, 275 ff. 1929.
— Öffentlich-rechtliche Gestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts. Z. Akad. D. R. 1937, S. 329 ff.
Lindemann: Die rechtliche Natur der Liegenschafts-Zwangsversteigerung. Diss. Erlangen 1914.
Maunz: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. Der deutsche Staat der Gegenwart. Heft 9, 1934.
— Verwaltung. Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Reihe A. 1937.
Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Bd. 3. Aufl. 1924, 2. Bd. 2. Aufl. 1917.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1937.
Mothes: Die Beschlagnahme. Nach Wesen, Arten und Wirkungen. Diss. Leipzig 1903.
Müller, W. A.: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.
Nagler: Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren. Der Rechtsgang, Bd. 1, S. 56 ff. 1913.

Nessel: Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereiche des preußischen Allgemeinen Landrechts. Gruchots Beitr. 28, 83 ff. 1884.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1. Stuttgart 1891.
— Konkursrechtliche Fragen. Rostocker Festschrift für Windscheid. 1888.
Oertmann: Siehe Hellwig.
— Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen. Arch. Ziv. Pr. 96, 1 ff. 1905.
— Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. Arch. Ziv. Pr. 107, 191 ff. 1911. Zitiert: Vollstreckungsgegenklage.
— Das Reichsgericht und die Grundbegriffe der Zwangsvollstreckung. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. 6, S. 81 ff. 1928.
Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.
— Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streits über die Rechtskraft. Rhein. Z. 6, 489 ff. 1914.
Palchold: Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung nach dem Referentenentwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931. Diss. Jena 1933.
Petersen-Anger: Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. Bd. 2. 1906.
v. d. Pfordten: Kommentar zum ZVG. 1905.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, Allgem. Teil, 1887. Bd. 2 1896.
— Komentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1, Allg. Tl. Berlin 1913.
Pollak: System des österreich. Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes. 1. Aufl. 1906.
Raatz: Vollstreckungsverträge. Prozeßrechtliche Abhandlungen. Heft 11. 1935.
Reichel: Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 ZPO). Ihre bürgerlich-rechtlichen Wirkungen. Jherings D. 53, 108 ff. 1908.
Reichmayr: Die Zwangszahlung aus fremden Mitteln. 1910.
Reichsgerichtsrätekommentar. Bd. 1. Allgem. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. I (Allgem. Teil). 8. Aufl. 1934.
Reincke: Kommentar zur ZPO 6. Aufl. Berlin 1910.
Riedinger: Der Besitz an gepfändeten Sachen. Diss. Breslau 1903. Im Verlage von Wilh. Koeber, Breslau, unter dem Titel: „Der Besitz an gepfändeten Sachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers" erschienen.
Riehl: Die Zwangsversteigerung gemäßt §§ 716 ff. der Zivilprozeßordnung vom Standpunkt des materiellen Rechts aus. ZZP 17, 32 ff. 1892.
— Über materiell-rechtliche Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. Berlin 1888.
Rothenberg: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. Arch. Ziv. Pr. 94, 265 ff. 1903.
Rottmann: Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers . . . Diss. Tübingen 1899.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.
Schaffstein: Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. DJZ. 1934, 1174 ff.
Scheuner: Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, insbesondere für die Gerichtsverfassung. DJZ. 1935, 1162 ff.
Schmidt, Rich.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1910.
— Der Prozeß und die Staatsbürgerlien Rechte (Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden), Bd. 2. Leipzig 1910.
Schmitt, Carl: Die Rechtswissenschaft im Führerstaat. Zeitschr. der Akad. f. Dt. Recht. 1935, 435 ff.
v. Schrutka-Rechtenfltamm: Über das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan. Grünh. Z. 13, 567 ff. 1886.
— Grünh. Z. 16, 673 ff. 1889.
— Die Überweisung gepfändeter Fahrhabe an den Gläubiger. Grünh. Z. 38, 553 ff.
Schultz, Rud.: Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens. Berlin 1911.
Schultze, A. S.: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. 1883.
Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. Beiträge zum Zivilprozeß. Heft 7. 1930.
Seldt: Beiträge zur Lehre von der Vollstreckungsgegenklage. Diss. Göttingen 1931.
Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung. Ein Vortr., geh. a. 19. 12 1884. Grünh. Z. 12, 624. 1885.
— Komm. zur ZPO, 1. Bd. 10. Aufl., 1907, 2. Bd. 11. Aufl., 1911.
Seuffert-Walsmann: Komm. zur ZPO, 1. Bd. 1932, 2. Bd. 1933.
Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendeter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Diss. Königsberg 1911.
Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Komm. 5. Aufl. 1931. Stuttgart.
Sohm: Das Wesen der Widerspruchsklage. Diss. Leipzig 1909.
Sonntag: Die rechtlichen Wirkungen des Zuschlags in der Zwangsversteigerung. Diss. Leipzig 1932.
Spohr: Das Pfändungspfandrecht an beweglichen Sachen. Diss. Gießen 1932.
v. Spreckelsen: Der Begriff des privatretlichen Amtes unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung. Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts. Heft 41. Breslau 1927.
Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
— Kommentar zur ZPO. 10. Aufl. 1913.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 1. Bd. 15. Aufl. 1934, 2. Bd. 15. Aufl. 1934.
Stegemann: Die Parteien im Prozeß. ZZP 17, 326 ff. 1892.
Struckmann-Koch: Komm. zur ZPO. 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch-Krantz: Komm. zur ZPO. 2. Bd. 21. Aufl. Berlin-Leipzig 1935.
Thiem: Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung. Diss. Greifswald 1905.
Triepel: Staatsdienst und staatlich gebundener Beeruf. Festschrift für Binding zum 4. Juni 1911. Bd. 2, S. 1 ff. 1911.
v. Tuhr: Der Allgem. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Allgemeine Lehren und Personenrecht. (II) Leipzig 1910.

Vierhans: Besprechung des Buches von Riehl: Über die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. ZZP 13, 493 ff. 1889.
Vogler: Wie weit gilt der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers? Diss. Göttingen 1930.
Voß: Hauptintervention, Widerspruchsklage (§ 619 der ZPO) und Vorzugsklage (§ 710 der ZPO). Arch. Ziv. Pr. 76, 284 ff. 1890.
Wach: Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid. Leipzig 1888.
— Vorträge über die Reichs-Zivilprozeßordnung. Gehalten 1879. 2. Aufl. 1896.
— Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, Leipzig 1885.
Walsmann: Der Verzicht auf die Eigentümerhypothek und seine Wirkung im Konkurse. Arch. Bürg. R. 39, 14 ff. 1913.
Weidert: Die Vollstreckungsgegenklage. Diss. Erlangen 1932.
Weigelin: Pfändungspfandrecht an Forderungen. Stuttgarter Diss. 1899.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Bd. 2. 1905.
v. Welck: Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen Deutschen Zivilprozesse. Gruchots Beitr. 36, 497 ff. 1892.
Westerburg: Einige Bemerkungen über die Natur der Interventionsklagen in der Exekutionsinstanz. Gruchots Beitr. 23, 870 ff. 1879.
Wolff, Th.: Kommentar zum ZVG. Berlin 1909.
Zapfe: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung von Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtbarkeit des Meisgebots wegen Irrtums. Diss. Münster 1921.

Weiteres Schrifttum, das nur wenig, meistens nur einmal benutzt worden ist, siehe in den Anmerkungen. Soweit es sich dabei um Abhandlungen handelt, die in Zeitschriften erschienen sind, erfolgt die Angabe lediglich nach der Zeitschrift (ohne Angabe des Titels).

Lebenslauf.

Am 18. Oktober 1911 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Otto Weber und seiner Ehefrau Marie geb. Feldner in Sonneberg in Thüringen geboren. Nachdem ich in der Mittelschule in Stendal (Altmark) mein Einjähriges gemacht hatte, trat ich zum Realgymnasium daselbst über. In der genannten Lehranstalt bestand ich die Reifeprüfung Ostern 1931. Ich studierte daraufhin Rechtswissenschaft in Berlin, München und Halle (Saale). Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 16. Februar 1935 in Naumburg (Saale). Seit dem 8. April 1935 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, z. Zt. bin ich im Gemeinschaftslager „Hanns Kerrl". Mein mündliches Doktorexamen bestand ich am 23. Juli 1937 an der Universität in Marburg (Lahn).